

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE MUNDIUM

DANS LE DROIT DE FAMILLE GERMANIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 6 juin 1898, à 2 h. 1/2.

PAR

HENRI SIMONNET

Avocat à la Cour d'appel
Lauréat de la Faculté de droit de Paris.

Président : M. ESMEIN, professeur.

Suffragants { MM. GLASSON, professeur.
CHÉNON, professeur adjoint.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE MUNDIUM

DANS LE DROIT DE FAMILLE GERMANIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 6 juin 1898, à 2 h. 1/2.

PAR

HENRI SIMONNET

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de droit de Paris.

Président : M. ESMEIN, professeur.

Suffragants { *MM. GLASSON, professeur.*
CHÉNON, professeur adjoint.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898



LE MUNDIUM

DANS LE DROIT DE FAMILLE GERMANIQUE

INTRODUCTION

Le *mundium* a joué un rôle important dans le développement du droit germanique. Du terrain du droit de famille, où les sources le présentent d'abord, il passe dans le droit public des temps mérovingien et carolingien et son influence se retrouve jusque dans la formation du régime féodal. Mais, dans les relations familiales même, la conception en persiste longtemps, et il est un des éléments qui, avec les éléments romains plus tard introduits et les éléments chrétiens, ont contribué à former le droit de famille de plusieurs nations européennes, de la France et de l'Allemagne en particulier. C'est la détermination de l'apport germanique en cette matière que nous voudrions tenter ici (1).

1. Il a paru superflu de placer en tête de ces pages une bibliographie des ouvrages consultés. Deux seulement, à notre connaissance, sont spécialement consacrés à la question : Kraut, *Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts*. Goettingue, t. I, 1835, t. II, 1847, et Rive, *Geschichte der deutschen Vormundschaft*. Brunswick, t. I, 1862.

Quant aux nombreux travaux sur les lois barbares ou l'his

I

Le mot *mundium*, traduction dans les sources latines de l'ancien haut-allemand *Munt* et de l'ancien anglo-saxon *Mund* (1), désigne en droit germanique la puissance sur les personnes. Il en est l'expression figurée, ces mots signifiant main et celle-ci symbolisant la force (2).

On trouvera donc dans les pages qui suivent une étude générale des diverses puissances qui peuvent s'exercer dans la famille, puissance du père, puissance d'un autre parent, puissance du mari. C'est dire que nous nous rangeons à l'opinion générale qui les fait rentrer toutes trois sous la notion de *mundium*. Certains auteurs (3) ont pensé que ce nom ne convenait qu'aux puissances qui remplacent la puissance paternelle et sont formées sur son modèle, et qu'il ne s'applique pas à celle-ci : mais les expressions même des textes des lois barbares, qui parlent expressément du *mundium* du père (4) et d'autres

toire du droit en général, publiés en France et en Allemagne, et qui ne contiennent sur la question que des renseignements fragmentaires, on les trouvera indiqués aux passages où ils seront utilisés.

1. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 2^e édit., p. 447.

2. Cf. la discussion philologique de Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 4, et Bluhme, *Die Mündschaft nach Longobardenrecht*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, p. 377.

3. Rive, *Vormundschaft, Einleitung*, t. I, p. XI ; Waitz, *Deutsche Verfassungs-Geschichte*, t. II, p. 70.

4. L. Alam, Lotharii, LIV; 2 ; L. Alam, LI, 3.

preuves encore qu'il est, après cela, superflu de mentionner (1) démontrent l'inexactitude de cette opinion. Il est légitime d'étudier sous la rubrique du *mundium* les différentes puissances du droit de famille germanique.

Ces puissances s'exercent sur ceux des membres de la famille qui n'ont pas l'aptitude à porter les armes : ce criterium permet de distinguer ceux qui sont soumis au *mundium* et ceux qui ne le sont pas (2). Car l'importance du port des armes est extrême dans la société germanique. Elles interviennent dans tous les actes de la vie publique et privée des Germains (3). Comme dans la guerre, elles ont un rôle dans l'administration de la justice : celle-ci se rend d'abord dans l'assemblée du peuple et les guerriers en armes composent seuls cette assemblée. La procédure est l'image d'un combat (4) ; parfois elle aboutit à un véritable duel. Les personnes, hors d'état de porter les armes, exclues de toute cette activité, ne font pas en quelque sorte partie de l'État german. Elles sont sous le *mundium* de leurs parents, tant que, et cela prouve

1. Une démonstration complète en est donnée par Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. II, p. 31, note 15.

2. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 28. Gide, édit. Esmein, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 198. Contrà, Rive, *Vormundschaft*, I, p. 226.

3. Tacite, *Germanie*, c. 11, « ut turba placuit, considunt armati », c. 13, « Nihil autem neque publicæ, neque privatæ rei nisi armati agunt », c. 22, « Nam ad negotia, nec minus sæpe ad convivia, procedunt armati ».

4. Cf. Thévenin, *Contribution à l'histoire du droit germanique*, p. 44

bien la correspondance des deux notions, leur inaptitude aux armes subsiste. Celle-ci est perpétuelle pour les femmes ; elles seront donc soumises à un *mundium* perpétuel. Elle cesse pour les enfants lorsque leur force physique est suffisante : le *mundium* sur eux cessera en même temps. Dans certaines tribus, le *mundium* renaît même sur le vieillard que sa faiblesse force à abandonner les armes (1).

En laissant de côté cette particularité, deux classes de personnes sont donc, en droit germanique, soumises au *mundium* : les femmes et les enfants. Les titulaires, avons-nous dit, peuvent en être le père, son plus proche parent jouant le rôle de tuteur, enfin le mari. Nous étudierons successivement les pouvoirs de ces trois personnes. Un chapitre spécial sera consacré au *mundium* sur les veuves, qui présente des caractères particuliers. Enfin nous essaierons, en terminant, de dégager la conception générale du *mundium* qui résulte de son histoire.

II

Les sources mises en œuvre sont principalement la *Germanie* de Tacite, les *Leges Barbarorum*, les lois scandinaves. Un mot du degré de créance qu'on peut leur accorder.

Il semble tout d'abord que Tacite, qui, seul des écrivains latins, nous dépeint un certain nombre de

1. Gide, éd. Esmein, *op. cit.*, p. 199.

traits du droit de famille germanique, a reproduit avec exactitude ce qu'il en a pu connaître (1). Certes il fait des allusions fréquentes aux mœurs romaines auxquelles il oppose celles d'un monde germain aux vertus restées primitives et intactes. Et donc il est possible qu'il ait interprété trop favorablement certains usages. Mais rien n'autorise à révoquer en doute les faits mêmes qu'il interprète. Tacite était entouré à Rome de témoins fort capables de l'instruire, les gouverneurs romains qui avaient administré les provinces frontières, les chefs barbares que le sort de la guerre avait amenés prisonniers, les commerçants dont plusieurs avaient déjà parcouru sans obstacles ces régions, enfin les prisonniers romains qui revenaient après avoir fait de longs séjours parmi les barbares, sans compter les sources écrites antérieures dont nous connaissons l'existence à ce moment, mais dont le temps nous a privés. Tacite a peut-être même vu par lui-même le pays sur lequel il nous instruit (2). Il y a donc lieu d'accorder créance aux renseignements du reste fragmentaires fournis par lui.

Les *Leges barbarorum* sont les unes des constitutions royales, d'autres des rédactions de coutumes, d'autres enfin présentent les deux caractères. Mais celles même qui sont des constitutions royales expriment sans doute assez fidèlement les conceptions germaniques, étant tou-

1. Sur l'autorité du livre de Tacite, cf. Geffroy, *Rome et les Barbares*, ch. II, que je résume

2. Geffroy, *op. cit.*, p. 90

jours faites avec l'adhésion du peuple, tout au moins lorsqu'il s'agit des premières rédactions des lois ; car, au temps franc, par exemple, la part prise par la royauté est de plus en plus prépondérante. D'autre part, elles ont toutes subi l'influence romaine à des degrés divers. C'est la loi des Visigoths qui en est le plus profondément imprégnée ; la loi des Burgondes en porte aussi la trace dans une large mesure. Les autres semblent bien avoir conservé le fonds germanique (1). C'est sur ces renseignements principalement que se fondera notre étude.

Les codes scandinaves devront sans doute être rapprochés des *Leges Barbarorum*. L'examen de leur contenu ne semble cependant pas justifier l'importance qu'on leur a parfois attribuée pour la connaissance du droit germanique primitif (2). Quelques traits seulement, et, à la vérité, significatifs, concordent avec les données des *Leges* : mais le développement d'ensemble, au moins sur le terrain du droit de famille, paraît bien être plus avancé dans ces lois scandinaves. Il ne faut pas oublier que les plus anciens codes de Suède ou de Norvège ne datent que du x^e siècle, tandis qu'on fait remonter au vii^e et jusqu'au v^e siècle les lois des Visigoths, des Burgondes, des Francs. Sans doute, on ne peut pas dire de manière générale qu'il faille juger de l'âge des institu-

1. Cf. sur la rédaction et le caractère de ces lois : Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 1^{er}, p. 285-374.

2. Notamment, Gide, édit. Esmein, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 220 et s. et Rive, *Vormundschaft*, I, 1^{re} partie.

tions par la date du texte officiel qui les consacre. Il semble bien, qu'en l'espèce cependant, à la rédaction plus tardive correspond un droit plus nouveau.

Enfin certaines décisions du droit français, et surtout du droit allemand postérieur, nous aideront à reconstituer sur certains points l'état du droit germanique primitif.

C'est, du reste, beaucoup moins, le détail des conceptions germaniques sur cette partie du droit de famille à un moment déterminé, que le sens général du développement de ces conceptions, que l'état des sources permet de donner. Et pour l'utilisation des *Leges* notamment, il faut remarquer que chaque peuple était, au moment de la rédaction de sa loi, à un moment différent de son développement. D'où, encore une fois, il serait téméraire de transporter dans toutes les *Leges*, chaque renseignement particulier recueilli dans chacune d'elles ; mais leur rapprochement permet de déterminer la marche du droit germanique (1).

1. La loi des Visigoths est citée d'après l'édition de Walter dans son *Corpus juris germanici*, t. I ; la loi Salique d'après l'édition de Behrend ; toutes les autres d'après l'édition in folio des *Monumenta Germaniæ historica*.

CHAPITRE PREMIER

LE « MUNDIUM » DU PÈRE

Le *mundium* du père s'exerce sur ses enfants mâles non encore en âge de porter les armes, et sur ses filles, tant qu'elles ne sont pas engagées dans les liens d'un mariage régulier. Etudions successivement ces deux applications de son pouvoir.

Le « mundium » du père sur les mineurs.

I

Tout d'abord cette puissance est réservée au père seul. Tant qu'il vit, que la mère existe ou non, c'est le *mundium* paternel qui s'exerce. Le père mort, il y a lieu à une tutelle qui, dans les *Leges* où s'est conservée la pure tradition germanique, n'est jamais exercée par la mère (1). Ceci n'empêchera pas que, tout naturellement, celle-ci n'ait, pendant les premières années de l'enfant, une part prépondérante à son éducation, ni qu'elle soit

1. L'exception contenue dans la loi des Visigoths (III, 1, 7 et IV, 2, 13) et dans la loi des Burgondes (LXXXV, 1), doit être attribuée aux influences romaines.

consultée sur les décisions à prendre à son sujet, car on sait l'estime et la considération dont elle jouit au sein de la famille ; mais, juridiquement, la volonté du père est décisive et l'emporte en cas de partage (1).

Les sujets de cette puissance du père, ce sont les enfants nés d'un mariage légitime avec une femme sur laquelle il a acquis le *mundium*. Alors, en effet, le *mundium* sur la femme entraîne le *mundium* sur les enfants nés d'elle. Il en résulte que les enfants, nés d'un mariage non précédé de l'achat ordinaire du *mundium*, se trouvent, non sous le *mundium* de leur père, mais sous le *mundium* de celui qui exerce cette puissance sur la femme, père, frère ou autre (2). Et de même, et, dans cette seconde hypothèse, la situation sera plus singulière, les enfants nés d'une femme mariée enlevée par un séducteur, naîtront sous le *mundium* du premier mari (3). Il n'en sera autrement que lorsque l'Eglise, plus tard, aura subordonné à d'autres conditions la conclusion du mariage : celui-ci alors emportera toujours de lui-même le *mundium* marital (4), et les enfants nés dans

1. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, t. II, p. 432.

2. Ll. Liutp., 126 « Si haldius cuiusque haldiam alterius tulerit ad oxorem, et filiis de ea procreati fuerent, et mundium ex ea non fecerit, sint filii ejus haldiones cujus et mater fuerit ».

3. L. Alam, LI, 2. « Si autem ille raptor, qui eam accepit sibi uxorem, ex ea filios aut filias antea quod solvat eam habuit, et ille filius mortuus fuerit, ad illum pristinum maritum illum filium cum weregildo solvat. Si autem vivi sunt, non sint illius qui eos genuit, sed ad illum priorem maritum mundio pertineant. »

4. Kraut, *Vormundschaft*, t. I, p. 175.

le mariage tomberont naturellement sous le *mundium* de leur père. Pour les enfants nés d'un mariage non précédé de l'achat du *mundium*, ils sont, au temps des *Leges*, si l'on s'en réfère aux textes cités, sous le *mundium* de leur aïeul maternel. Cependant il y a des flottements en droit germanique, et c'est probablement sous le *mundium* du père que doivent se trouver ces *filii naturales* que l'édit lombard nous montre dans la maison à côté des *filii legitimi* (1).

II

Le premier droit que de nombreux peuples, dans la première période de leur histoire, reconnaissent au père sur ses enfants, c'est celui de les accepter ou non dans la famille au moment de leur naissance, et, en ce dernier cas, de les faire périr ou de les exposer (2). Si l'on en croyait Tacite, les Germains n'auraient pas connu cette pratique barbare. « Ils considèrent comme une honte, écrit-il, de limiter le nombre de leurs enfants ou de faire périr quelqu'un des nouveau-nés, les bonnes mœurs ayant chez eux plus d'empire qu'ailleurs les bonnes lois » (3). D'a-

1. Heusler, *Institutionen*, II, p. 434.

2. Cf. notamment pour la Grèce et Rome, le mot *expositio*, dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio.

3. Tacite, *Germ.*, 19. « Numerum liberorum finire aut quemquam ex agnatis necare flagitium habetur ; plusque ibi bonæ mores valent quam alibi bonæ leges ».

près cette formule concise, le meurtre des nouveau-nés n'excéderait pas les droits du père, mais les mœurs le lui interdiraient. Les légendes et les récits de l'antiquité germanique témoignent qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Ces pratiques ont été considérées comme légitimes à un moment que nous ne pouvons du reste fixer, et après Tacite même, on en remarque encore une trace dans la loi des Frisons (1), avec, du reste, une restriction que nous retrouverons. Plusieurs causes, les unes pratiques, les autres religieuses les peuvent expliquer (2). On exposait les enfants infirmes, mal constitués (3); qui n'auraient pas pu vivre la rude vie normale de la tribu, les enfants nés hors mariage, les jumeaux, dans lesquels la croyance populaire voyait les fruits de l'adultère, ceux qui étaient nés en un jour néfaste, ou qui avaient été à leur naissance l'objet de fatales prédictions, ceux enfin que la pauvreté de leurs parents ne permettait pas de nourrir et spécialement les filles que, dans une race guerrière, on place bien au-dessous de l'enfant mâle, défenseur futur de la famille.

Il y a, cependant, même alors, une limitation à ce droit absolu du père (4). L'exposition ne peut légitime-

1. L. Fris., V, 1.

2. Sur tout ce développement, cf. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 2^e édit., p. 466 et s., et les références.

3. L'édit de Rotharis en dira : *tanquam mortuus habetur*, et au Moyen-Age, le Miroir de Saxe l'exclura encore de l'héritage; Heusler, *Institutionen*, t. I, p. 102.

4. Grimm, *op. cit.*, voit une atténuation du caractère cruel de cette pratique dans le fait que l'exposition n'entraînait pas néces-

ment avoir lieu chez les peuples du Nord qu'avant la lustration par l'eau. De même, l'enfant acquiert le droit à la vie dès qu'il a pris une goutte de lait ou de miel (1). Faut-il voir l'origine de cette idée dans l'habitude de vouer le nouveau-né à la mort, en le laissant sans nourriture? Dans un état antérieur de la famille, la femme, seule maîtresse des destinées de l'enfant, eût témoigné en l'approchant de son sein, de son désir de lui octroyer la vie sauve; d'où, plus tard, l'importance de cette première goutte de lait, et dans la famille patriarcale, le symbolisme par lequel le père, successeur aux droits de la mère, manifesterait en imitant son mouvement, c'est-à-dire en soulevant l'enfant de terre (2), sa volonté de le recueillir (3). A cette explication, qui ne rend pas compte du fait que le père est lié, même si la nourriture n'a pas été donnée par lui, nous préférons celle de Grimm et d'Ozanam (4). Comme l'immersion dans l'eau lustrale, la libation de lait et de miel est un acte religieux qui fait prendre à l'enfant sa place sur la terre; ces mets,

sairement la mort. L'enfant pouvait être recueilli par quelqu'un qui avait pitié de lui, et cela est ordinairement supposé dans les vieilles légendes.

Cf. Vita Sancti Ludgieri, c. 6, Peritz, *Scriptores*, II, 406... « parum facit gustare mellis; nam semel gustantes aliquid infantes apud paganos necari illicitum erat », et la loi des Frisons déjà citée à la page précédente.

2. C'est le *tollere, suscipere* des Romains. Cf. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 162.

3. Kovalewsky, *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*, p. 116.

4. *Études germaniques*, I, p. 138.

que les Germains estiment purs et sacrés, lui assurent le droit à la vie.

S'il faut penser qu'au temps de Tacite, ces mœurs avaient disparu des populations germaniques qu'il a connues, du moins cela n'était-il pas général dans cette race. Car, sans parler de la loi des Frisons, nous retrouvons, plusieurs siècles après Tacite, dans la loi des Visigoths (1), des prescriptions spéciales sur ce point et plus tard la législation scandinave porte encore ses efforts de ce côté (2). Le christianisme mit décidément fin à ces pratiques païennes (3).

La restriction même, apportée à l'ancien droit d'exposition du père sur les nouveau-nés, ne permet pas de penser qu'il ait joui, sur l'enfant grandissant, du droit de vie et de mort, au moins arbitraire. Aucun texte des *Leges* n'a conservé de traces d'un tel pouvoir, même s'exerçant à titre de châtiment.

Le droit du père de vendre ses enfants, que l'on retrouve au contraire dans les *Leges*, est mentionné d'abord par Tacite (4). Et la conception germanique est logique. Le droit que le père a sur les membres de sa famille est de même nature que celui qu'il a sur lui-même ; c'est

1. L. Visig., l. IV, t. IV. « De expositis infantibus, 1... Hoc vero facinus cum fuerit ubicunque commissum, iudicibus et accusare liceat et dampnare »

2. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 457. — *Saga de Nial*, n° 105.

3. Wilda, *Strafrecht der Germanen*, p. 725, et les références aux droits germaniques du Nord.

4. *Germ.*, 24.

ainsi que l'on verra plus tard les textes lombards appeler l'état de majorité *selbmunt*, *selbmundium*, état de soumission à son propre *mundium*. De même donc que le Germain peut disposer de lui-même, et que, dans ces parties où il apporte tant d'ardeur, il joue sur un dernier coup de dés son corps même et sa liberté (1), il ne se fera pas scrupule de disposer aussi de celle de sa femme et de ses enfants. Ceux-ci ne sont guère juridiquement que les objets les plus précieux de son patrimoine. Ainsi, pour payer le tribut dû à Rome, les Frisons, après avoir livré d'abord leurs bœufs, puis leurs champs, livrent enfin leurs femmes et leurs enfants (2). Ce droit de vente des enfants, les rois francs tenteront de le supprimer (3). Il se conservera cependant à travers le Moyen-Age, mais limité au cas d'extrême misère : l'édit de Pistes le reconnaît encore formellement (4). D'autres limitations, du reste, s'y introduisent encore avant sa disparition totale et, par exemple, le Miroir de Souabe défendra de vendre l'enfant, soit pour être mis à mort,

1. A Tacite déjà mentionné, joindre Grég. de Tours, 7, 45. Lex Frison., XI, 1; L. Bajuv, VII, 4 et sur l'esclavage volontaire, Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 327, n° 5.

2. Tacite, *Annales*, IV, 72.

3. Capit. III a Mabillonio edita, c. VII. Walter, *Corpus juris germanici antiqui*, t. 3, p. 689. « Primum omnium placuit nobis ut cartulæ obligationis de singulis hominibus facta qui se aut uxores eorum, aut filios vel filias in servitio tradiderint, ubi inventa fuerint, fragantur, et sint liberi, sicut primitus fuerint. »

4. Cap. 34, dans Pertz, *Leges*, I, p. 498; Rive, *Vormundschaft*, y voit au contraire un apport du droit romain.

soit aux païens, soit à une maison de débauche (1).

C'est sans doute à ce droit de disposition qu'il faut aussi rattacher le droit que les formules franques reconnaissent au père d'offrir ses enfants à un couvent pour qu'ils embrassent la vie monastique (2).

Après ces droits si étendus, il suffit de mentionner le droit de correction, qu'ils impliquent tout naturellement, mais auquel son côté moral fait trouver grâce dans la limitation ou la disparition des autres. La loi des Visigoths le reconnaît expressément au père, si, du reste, elle ne le lui réserve pas (3). Il faut sans doute aussi généraliser et appliquer au mineur le droit de correction que le droit lombard accorde au père sur la femme *in mundio* (4). Enfin ce droit se retrouvera dans les coutumes françaises et allemandes du Moyen-Age, dérivées du droit germanique.

Il est vraisemblable, du reste, que contre l'exercice arbitraire des droits du père, l'enfant peut trouver une protection dans sa famille maternelle. Cette dernière, nous le verrons à propos du *mundium* du mari, continue à protéger la femme après son mariage. N'est-il pas naturel qu'elle protège aussi ses enfants ? D'autant qu'on

1. Heusler, *Institutionen*, t. II, p. 432 ; Kraut, *Vormundschaft*, t. I, p. 298.

2. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 45.

3. L. Visig., IV, 5, c. 1 : « Flagellandi et corripiendi eos quamdiu sunt in familia constituti, tam avio quam aviæ seu patri quam matri potestas manebit ».

4. Éd. Roth. 195-197.

connaît les relations étroites qui, au temps de Tacite, unissent les enfants et le frère de leur mère (1) : ils doivent donc, à l'occasion, trouver en lui un protecteur. Et enfin c'est dans le même sens que s'est développé le droit allemand postérieur (2).

III

Sur les droits du père concernant le patrimoine des enfants, comme sur tous ceux de ses droits qu'il nous reste à étudier, la pénurie des sources est extrême. Cette indigence forme un contraste frappant avec le nombre assez considérable de dispositions concernant le *mundium* de la femme. On s'explique du reste que de plus nombreuses questions se soient posées à propos de ce dernier. Quoi qu'il en soit, on ne peut donc donner sur les rapports juridiques du père et de l'enfant autres que ceux touchant la personne, que des renseignements fragmentaires. L'idée générale seule peut être dégagée avec quelque certitude.

En cette matière, le point caractéristique c'est la possibilité pour l'enfant d'avoir un patrimoine propre, comme on verra que cela résulte de quelques lois : le père n'absorbe pas à l'intérieur de la maison toute la capacité juridique des membres de la famille. Mais, du reste, en

1. *Germ.* 20. « Sororum filiis idem apud avunculum qui apud patrem honor ».

2. Kraut, *Vormundschaft*, t. I, p. 44.

fait ce patrimoine sera généralement de peu d'importance. Des trois moyens juridiques qui, peut-être, peuvent le constituer, aucun n'est de nature à enrichir sérieusement l'enfant. Le premier qui consisterait dans un travail séparé, dont il recueillerait les gains, ne paraît guère praticable, étant donné l'âge extrêmement précoce de la majorité, au moins à l'origine. Si, avant cet âge, l'enfant peut travailler, c'est vraisemblablement dans la maison paternelle que s'exercera son activité. Si on pense qu'il pourrait travailler au dehors, et cela a pu arriver avec la majorité reculée de certaines lois, reste la question juridique de la propriété des gains. Appartien-dront-ils à l'enfant ou au père ? Aucun document proprement germanique ne fournit la réponse à cette question. La probabilité de l'attribution au père résulte cependant du développement en ce sens du droit allemand immédiatement postérieur (1).

Si on laisse de côté la donation, dont rien ne permet de supposer la fréquence, le mode normal par lequel l'enfant acquiert son patrimoine propre est la succession. C'est surtout par la succession de sa mère et on verra qu'à ce point de vue la modification des règles successo- rales a eu de l'influence sur la détermination des droits du père sur les biens de l'enfant ; ce peut être aussi par succession à un parent de la mère.

1. La décision du droit allemand du Moyen-Age en ce sens est, du reste, elle-même douteuse. Heusler, *Institutionen*, I, 442, l'in- duit surtout du principe alors en vigueur : Kindergut soll weder wachsen noch schwinden.

Les *Leges* sont presque toutes absolument muettes au sujet des droits du père sur les biens de ses enfants. Il n'est cependant pas impossible, à l'aide des deux ou trois points de repère que nous possédons, de dégager la conception originaire du pur droit germanique en cette matière et les progrès que lui impriment plusieurs causes faciles à déterminer.

D'après la loi Salique, le père qui administre le bien de ses enfants, exerce sur eux tous les droits du propriétaire, sauf deux restrictions : il ne peut ni les vendre ni les donner (1). Il en a la jouissance jusqu'à la majorité des enfants, qu'il soit marié, veuf ou remarié. Qu'il ait ces droits de propriétaire qu'exprime le mot *judicare* cela se comprend dans ces droits primitifs où on ne connaît pas la distinction si nette faite par le droit romain entre la propriété et l'usufruit, où on ne conçoit pas qu'une personne puisse administrer le patrimoine d'autrui, sans devenir, pour le moment, propriétaire des biens de ce patrimoine (2).

Quelle sera la sanction de ce devoir du père de conserver les biens de ses enfants ? Peut-être à leur majorité, un droit de revendication de ces derniers sur leurs biens aliénés. Mais le père pourra les détruire par une mauvaise administration. La seule sauvegarde des enfants

1. Capit. extravag. ad leg. Sal. tit. 8 : « Si tam filii parvoli sunt, usque ad perfectam ætatem res anterioris uxoris vel dotis causa liceat patri judicare si vero de his non vendere nec donare præsumat ». Marculte, form. 9 ; Zeumer, p. 80.

2. Glasson, *Histoire du Droit*, t. III, p. 46.

doit résider dans une surveillance de fait des parents maternels. Cette surveillance, elle existe en droit, et c'est un premier progrès, dans un droit plus purement germanique, mais plus jeune et de développement plus avancé, le droit suédois. On s'y préoccupe de garantir l'enfant contre les abus possibles de l'administration de son père, et c'est pourquoi la loi adjoint à ce dernier le plus proche parent de la mère défunte pour le soin du mineur et de ses biens (1).

Des précautions plus grandes encore sont prises par la loi des Visigoths. Cette loi se place aussi dans l'hypothèse de la mort de la mère (2) : ses dispositions tendent à protéger l'enfant dans certaines circonstances qui rendent suspecte l'administration du père. Elle la lui retire, s'il contracte un second mariage (3), ou tout au moins (c'est une seconde disposition qui, un peu plus tard, corrige la première), elle lui impose la confection d'un inventaire en justice ou en présence des héritiers de la femme défunte (4). Ces précautions sont destinées à assurer

1. Loi d'Upland. Cf. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 59.

2. Suppl. L. Visig., XIV : « In lege enim anteriore sancitum est ut, matre mortua, si pater non duxerit novercam, filii in patris potestate cum omnibus rebus tuendi maneant ».

3. Suppl. L. Visig., XIV : « Si certe pater novercam superduxerit ita decretum in eadem (anteriore lege), ut filii acceptam a patre omnem maternam hereditatem ad alienam transeant potestatem tuendi cum omni facultate, sprete patris cura vel tuitione.

4. L. Vis., IV, 2, c. 13 : « Quod si pater novercam superduxerit, quia valde indignum est, ut filii ejus, patris potestate vel gubernatione relicta in alterius tuitionem deveniant, filios suos pater ille

l'observation des règles d'administration que cette loi, comme les précédentes, impose au père, à savoir : ne rien vendre ni détourner des biens de ses enfants pour pouvoir les leur restituer intacts à leur majorité (1). Les textes cités permettent, du reste, de supposer que jusque-là il jouit des revenus.

Il est remarquable d'abord que ces trois lois, qui forment trois moments du développement du droit germanique en matière d'administration du père, visent toutes le cas de prédécès de la mère et les biens parvenus à l'enfant par succession à cette dernière. Ce qui prouve sans doute qu'en fait ce n'est guère qu'ainsi que l'enfant arrivera à posséder un patrimoine personnel, ce qui permet peut-être aussi de conclure, comme nous l'indiquions plus haut, que le père peut disposer de ce que l'enfant *in mundio* peut avoir acquis par son travail.

Mais le progrès que l'on peut suivre dans ces lois est surtout intéressant à un autre point de vue. De la loi franque, qui n'impose au père aucune garantie à fournir et de la plupart des autres lois germaniques qui, si l'on peut en juger par leur silence, ne sont pas plus exigeantes, à la loi des Visigoths, riche en formalités, en

non relinquat, sed filios et res eorum juxta superiorem nodum tuitionis ordine regat, ita tamen ut inventarium de rebus filiorum suorum manu sua conscriptum coram iudice vel heredibus defunctæ mulieris strenue faciat ».

1. L. *vis* IV, 2, 13. « Et res eorum... ea conditione possideat, ut nihil exinde aut vendere aut avertere aut quocunque pacto alienare præsumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet ».

passant par la loi suédoise, qui se contente de la surveillance d'un parent de la femme, il y a une transformation qui est dûe, moins au développement des idées de protection qu'à une transformation juridique parallèle sur le terrain du droit de succession. On sait la marche du droit germanique sur ce dernier point. A l'origine, il exclut les femmes de la succession, ou tout au plus il leur accorde les vêtements et les parures, qui seraient inutilisables pour un homme. Sa conception n'est que naturelle à l'époque reculée où, juridiquement du moins, la femme elle-même n'est guère qu'un objet du patrimoine, qui se transmet avec la succession. Mais l'amélioration progressive de sa situation juridique générale se reflète sur le terrain successoral. Le terme en sera l'égalité entre le fils et la fille, et elle se trouve consacrée dans la loi des Visigoths (1). Si l'on rapproche maintenant cette évolution des garanties croissantes dont la législation entoure l'administration du père, on pourra se convaincre que la sollicitude pour les intérêts de l'enfant s'affirme dès le moment, où la mère recueillant elle-même des biens, peut lui en laisser à sa mort et augmente à mesure que ce patrimoine peut être plus considérable. Les dispositions protectrices de la loi des Visigoths, en particulier, ne doivent donc pas être unique-

1. Sur les détails du développement du droit successoral des femmes dans les lois germaniques, cf. David-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens Germains*, t. I, p. LXVIII et les lois des différentes tribus, commodément groupées par matières dans les deux volumes de cet ouvrage.

ment attribués à l'influence romaine. Elles sont l'aboutissement logique du développement que nous venons d'indiquer. On en doit conclure que le droit germanique du temps des *Leges* reconnaissait déjà à l'enfant *in mundio* une individualité juridique distincte et le droit de posséder : il a protégé ce dernier droit contre le père même, dès qu'il y a eu des biens à défendre.

IV

Il y a nécessairement une relation assez étroite entre les droits patrimoniaux du mineur et sa responsabilité en matière de délits dans un droit où la plupart de ceux-ci se résolvent en paiement de wergeld. Comme il est capable de posséder, c'est sans doute sur son patrimoine que seront acquittées ses dettes pénales.

Le droit germanique fixe du reste en ce cas l'amende autrement que lorsqu'il s'agit d'un majeur. Cette différence de traitement n'est mentionnée que par la loi Salique (1) ; mais il est vraisemblable qu'elle est de droit germanique général, plusieurs autres lois contenant des dispositions correspondantes à propos de dégâts commis par des animaux. Elle consiste dans la remise faite au mineur du *fredus*, de la portion de l'amende exigée d'or-

1. L. Sal. XXIV, 5 : « Si vero puer infrà duodecim annos aliqua culpa commiserit, fredus ei nullatenus requiratur. » Capit. de 819 (Boretius, 293) : « Si infans infrà duodecim annos res alterius injuste sibi usurpaverit, eos, excepto fredo, cum sua lege componat. »

dinaire en réparation de la violation de la paix publique : on prend en considération le manque de discernement dû à l'âge. La partie destinée à dédommager la victime reste naturellement due, puisque, quelle que soit la condition de l'auteur du délit, le dommage n'en a pas moins été subi.

Ce n'est pas, du reste, à l'enfant lui-même que sera réclamée l'amende qu'il a encourue. Et si nous avons dit qu'elle sera payée sur son patrimoine, c'est que c'est tout naturellement sur celui-ci que son père qui l'administre en prélèvera le montant. C'est à ce dernier en effet que la réclamation sera adressée. Telle est du moins la conclusion que l'on peut tirer de décisions analogues du droit lombard. Il rend responsable le patron en cas de délit de son affranchi ou affranchie (1). Comme le *mundium* qui s'exerce sur les affranchis est de même nature et a en général les mêmes effets que celui qui s'exerce sur les mineurs ou les femmes dans la famille, il semble bien que la même décision doit être donnée aussi pour le père et, en raison de nombreuses dispositions des lois sur la responsabilité des maîtres (2), étendue au droit germanique général. Faute de textes, on hésite à pousser plus loin et on résout négativement la question

1. Edict. Roth., 263 : « Si aldia aut ancilla super furtum tenta fuerit, componat dominus ejus furtum. » Ll. Liutp., 121 : Si aldius vel servus... (cum uxore aliena turpiter conversari) præsumpserit, tunc patronus ejus componat ad maritum ipsius mulieris solidos LX et ipsam personam det ei in manus mariti ejus. »

2. Kraut. *Vormundschaft*, I, p. 347, et s.

de savoir si le père peut substituer au paiement de la composition l'espèce d'abandon noxal que certaines lois autorisent pour l'esclave et l'affranchi (1). Mais c'est cependant discutable. Tout d'abord, ces traces d'abandon noxal dans la loi Salique (2), la loi lombarde (3) et la loi saxonne (4) prouvent l'existence chez les Germains de cette conception commune, semble-t-il, aux peuples primitifs, et dont le lien est visible avec le système de la vengeance privée, que le propriétaire ou le maître d'un animal ou d'une personne auteur d'un dommage se décharge de toute responsabilité en livrant le coupable à la victime ou à ses représentants. Et dès lors, il n'est pas téméraire de supposer que dans le droit germanique primitif, où les diverses puissances étaient encore confondues, l'abandon ait pu s'appliquer aux enfants mêmes, sous réserve peut-être de l'adhésion de la famille intéressée dans la guerre privée. Au temps des *Leges*, les puissances se sont distinguées : le chef de famille n'a plus les mêmes droits sur ses fils que sur ses esclaves. Et cela permet sans doute d'exclure pour l'enfant cet abandon *ad occidendum* (Ed. Rotharis, 142). dont l'esclave peut faire l'objet. Mais s'il y a progrès, il n'y a pas disparition totale de la conception. Le droit allemand du Moyen-Age connaît encore cette livraison du pupille à la personne qu'il a lésée, soit pour être châtié par elle,

1. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 359.

2. L. Salica, XL.

3. Edict. Roth., 142.

4. L. Sax, 18.

soit pour lui payer sa dette par ses services (1), et il faut sans doute voir là des traces de l'antique conception germanique.

Au cas où le patrimoine du mineur est insuffisant, ou s'il n'en possède pas, si, d'autre part, on ne se trouve pas dans un cas où l'abandon noxal soit permis, ou si la famille n'y donne pas son agrément, c'est sur sa propre fortune que le père devra payer, puisque c'est lui que la réclamation touche directement (2). Cette responsabilité subsidiaire se retrouve au Moyen-Age, où on la justifie par l'idée que le père ayant le droit de correction pouvait empêcher l'enfant de commettre le délit, et est coupable de ne pas l'avoir fait. Cette idée qui semble s'imposer naturellement et la solidarité plus étroite encore de la famille au temps germanique, impliquent pour ce temps, la même solution. Si l'enfant a agi sur le conseil ou l'ordre du père, ce dernier est, à plus forte raison, pleinement responsable.

Les délits commis contre l'enfant *in mundio* donneront lieu inversement à des réclamations de la part du père. C'est encore la conséquence naturelle des conceptions de vengeance privée et de solidarité familiale et cela doit être admis aussi par analogie des dispositions relatives au *mundium* de la femme. L'enfant et la femme, tous deux également hors d'état de porter les armes, sont

1. Kraut, *Vormundschaft*, I. p. 346.

2. Analogie de la Lex Sax, 50. Cf. sur cette loi les explications de Gaupp, *Recht und Verfassung der alten Sachsen*.

naturellement remplacés par le père dans l'exercice de la vengeance privée, tant qu'elle est licite, et dans la poursuite du *wergeld*, qui s'y substitue peu à peu, d'abord au choix de l'offense, et plus tard obligatoirement.

La question de l'attribution de cette composition est plus délicate. Comme sur un grand nombre d'autres points touchant au *mundium* sur le mineur, les textes manquent. Cependant, en se basant sur une conception générale de la nature des relations du père et de l'enfant en droit germanique, ou en rapprochant les dispositions plus abondantes qui, en droit lombard, notamment, traitent de cas analogues pour la fille ou l'affranchi, on a proposé divers systèmes. Rive (1) voit dans l'intervention du *mundoald*, et donc du père, une représentation au sens juridique et précis du mot, et, par suite, attribue à l'enfant représenté la totalité de la composition. Mais cette idée de représentation semble bien peu conforme aux institutions primitives : et nous verrons plus loin qu'en ce qui concerne la femme, ce n'est que très tard qu'on lui accordera tout ou partie de la composition perçue à son occasion (2) : rien ne permet de supposer qu'il en ait été autrement pour le mineur. D'autres ont proposé la distinction suivante : Le père profiterait seul de l'amende payée pour les délits commis contre l'enfant, qui ont été en même temps une violation de son *mundium*. Mais, comme M. Heusler (3) le remarque

1. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 204.

2. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 333.

3. Heusler, *Institutionen*, I, p. 124.

très exactement, la question est précisément de savoir si tout délit commis contre l'enfant *in mundio* n'est pas, au moins à l'origine, considéré uniquement comme une violation du *mundium* du père. Il en est vraisemblablement ainsi. Outre le parallélisme du développement en ce qui concerne la femme, que nous avons signalé et dont on trouvera plus loin l'étude, rappelons que la composition remplace la guerre privée, et que le mineur ne doit pas plus profiter de la première qu'il n'aurait participé à la seconde (1).

En cas de meurtre de l'enfant, c'est tout naturellement au père que la composition sera payée. Ici encore, la décision peut se déduire de nombreuses analogies, notamment du cas de meurtre de la femme *in mundio*. Il est à remarquer que ce crime est puni beaucoup plus sévèrement quand la victime en est un enfant que si c'est une autre personne ingénue (2). La loi germaine protège d'un plus haut *wergeld* la faiblesse de l'enfant, comme elle protège celle de la femme.

La composition due par le mineur ou à son occasion pourra être acquittée ou reçue par le père, sans qu'il y ait eu recours à la justice. Si cependant cela devient in-

1. Ceci nous paraît bien plus exact que de dire avec Rive, *loc. cit.* que le délit ayant atteint le mineur, il est naturel que le dédommagement soit pour lui, raisonnement logique, mais qui, historiquement est faux si, précisément, à cette époque, on part du point de vue que l'attentat contre le mineur est une violation du *mundium* de son père.

2. L. Sal., titre XXVI.

dispensable, quelle sera la situation de l'enfant *in mundio* ?

S'il s'agit de poursuivre, puisque le délit est considéré comme une violation du *mundium* du père, c'est celui-ci qui naturellement poursuivra. C'est dans la logique des choses, et, la procédure judiciaire germanique rappelle à l'origine de trop près le combat pour qu'on puisse s'en servir avant d'être en âge de porter les armes. Puis le droit lombard a laissé de nombreuses formules qui supposent cette intervention du *mundioald* en justice dans une période déjà très éloignée des origines germaniques.

Lorsque l'enfant est l'auteur d'un délit, les mêmes raisons d'organisation générale de la société germanique exigent que son père paraisse à sa place en justice. Il est vraisemblable que telle est la décision du droit lombard qui, admettant cette représentation passive pour la femme adulte, *in mundio* (Lib. Pap. Roth., 139), doit à plus forte raison l'admettre pour le mineur. Les documents relatifs au droit franc sont d'interprétation délicate. Le premier est un passage de Grégoire de Tours (1), où il paraît bien être question de la représentation en justice par le

1. Grég. de Tours, VIII, 43 : Antestius est envoyé par le roi Gontran pour faire une enquête sur un assassinat... « Namnetas accessit ac lacessere Nonnichium episcopum cœpit dicens : qui filius tuus in hoc facinore est admixtus, ut dignas pro commissis suis pœnas luat, meritum exigit ». — Le fils s'enfuit. — « Antestius vero, acceptis fidejussoribus ab episcopo ut in præsentia regis adesset, Santones venit... Adfuit (devant le roi) et Nonnichius episcopus, qui datis muneribus multis abscessit ». — Cf. Sohm, *Fränkisches Reichs und Gerichtsverfassung*, p. 554.

père de son fils, accusé d'avoir participé à un crime. Mais le fils est en fuite. S'il avait été présent, n'aurait-il pas dû comparaître en personne ? Cela semble bien résulter d'un capitulaire de 819 (1) interprétatif de la loi Salique qui prescrit la comparution en justice du mineur de douze ans accusé de vol, à moins encore que la dernière phrase du capitulaire relative à l'héritage paternel et maternel recueilli par le mineur n'autorise à penser que la disposition tout entière concerne le mineur orphelin dont on sait que la législation se préoccupe alors particulièrement. Un autre capitulaire, de l'année 829, semble présenter comme une chose nouvelle la représentation en justice par le père du fils coupable de recel (2). Le développement du droit franc sur ce point reste donc assez obscur. Il semble bien cependant que la représentation ait existé à l'origine : si on pense, d'après le récit

1. Capit. de 819 « éd. Boretius, p. 293 » : « Si quis puer... De hoc capitulo judicatum est ut, si infans infra duodecim annos res alterius injuste sibi usurpaverit, eas, excepto fredo, cum lege sua componat, et ita manniatur, sicut ille manniri (potest) cui contrà legem fecit, et ita a comite ad mallum suum adducatur, sicut ille adduci potest cui contrà legem fecit. De hereditate vero paterna vel materna si aliquis eum interpellare voluerit, usque ad spatium duodecim annorum expectare judicatum est. »

2. Capit., pro lege habenda, 829, c. 4 « Quicumque res alienas cuilibet homini vendiderit, et ipse homo easdem res alieni alteri dederit sive vendiderit, et ipse qui easdem res comparatas habet, per malum ingenium proprio filio aut alteri, cuilibet necdum legitimos annos habenti justitiæ tollendæ causa, præcipimus ut si pater ejusdem parvuli vixerit, ipse intret in causam rationem reddendi pro filio suo ».

de Grégoire de Tours qu'elle est déjà limitée de son temps, du moins cela présuppose nécessairement un état antérieur où elle était entière.

En matière civile, pour employer un terme moderne, la **représentation** en justice de l'enfant par le père au temps des *Leges* est encore un problème pour lequel nous n'avons que peu de **textes** et d'une clarté insuffisante. Il faut mettre à part tout d'abord les lois des Burgondes (1) et des Visigoths (2). L'ordre qu'elles donnent au tuteur de défendre en justice aux actions intentées contre le mineur vaut évidemment pour le père ; mais on ne peut affirmer que ce soit là le courant germanique et non le résultat d'influences romaines. Le droit franc n'a pas de disposition précise. Peut-être peut-on de la disposition de la loi Ripuaire, qui défend à l'enfant de moins de quinze ans, d'ester en justice, conclure *a contrario* que tant que son père sera vivant, c'est lui qui le représentera (3) ; mais toute affirmation serait téméraire. La représentation générale en justice de l'enfant par le père est nettement indiquée, en droit lombard, par une formule du onzième siècle (4) : mais la mention qui y est faite d'une

1. L. Burg, LXXXV, 4.

2. L. Visig., IV, 3, 3.

3. L. Rip, LXXXI. Si quis homo Ripuarius defunctus fuerit vel interfectus et filium reliquerit, usque ad quintum decimum annum plenum nec causam prosequatur, nec in iudicio interpellatus responsum reddat. »

4. Form. Long. 22 (Pertz, IV, p. 601). « Domne comes, hoc dicit Petrus quod vult emancipare Johannem filium suum de se, ut de

émancipation volontaire par le père y accuse trop manifestement l'influence romaine pour qu'on puisse en conclure avec certitude l'état antérieur du droit lombard. Ce n'est donc guère que des analogies et les traits de l'organisation générale de la société germanique qui permettent de penser que dans son droit ancien, le père représentait l'enfant en justice en toute matière.

Enfin l'enfant placé sous le *mundium* de son père est incapable de contracter. La loi Ripuaire défend tout contrat avec lui comme avec la femme et l'esclave et déclare que le père ne peut en être tenu (1). Les mêmes dispositions sont prises par la loi des Burgondes (2) et la loi des Lombards (3).

V

Le *mundium* du père prend fin d'abord naturellement par sa mort ou celle de l'enfant. Au premier cas, le *mundium* cesse seulement *a parte patris*. Il passe aux parents

hac hora inantea habeat licentiam ire in placitum et stare et appellationem faciendi et accipiendi. »

1. L. Rip., LXXIV : « Hoc autem constituimus ut nullus cum servo alieno negotium faciat, vel commendationem facere non presumat, nec ei ullam commendationem vel traditionem faciat, nec a servo quisquam commendatam vel traditam rem recipiat. Si quis autem post hanc definitionem servo aliquid commendare presumpserit, nihil recipiat et dominus ejus de hoc innocens habeatur. Similiter vero de puero vel de muliere alterius constituimus. »

2. L. Burg. LXXXVII, v. page 37.

3. Form. lib. Pap. 470. Le père dit : « Non potuit tibi vendere, quia ipse erat in mea potestate. »

de l'enfant, dans un ordre que nous aurons à déterminer plus loin, jusqu'à la majorité de celui-ci.

Mais quand, du vivant de l'un et de l'autre, le *mundium* du père sur l'enfant s'éteint-il ? (1) L'opinion la plus généralement admise est que ce moment est déterminé par l'aptitude de l'enfant à porter les armes. Peut-être d'abord la brève formule où Tacite indique l'effet de la cérémonie dans laquelle le jeune Germain les reçoit : *antea pars domus, mox reipublicæ*, peut-elle être interprétée en ce sens ; cette antithèse voulue entre la *domus*. et la *respublica* paraît bien indiquer un changement complet de situation pour l'enfant. Il n'a point seulement pris rang au milieu des guerriers : sa position même dans la maison paternelle est modifiée. « Jusque-là confondu et élevé avec les esclaves, l'âge et le courage l'en séparent », dit Tacite dans un autre passage, (2) où il vise sans doute encore le moment où le jeune Germain est armé.

Sur la façon dont cette cérémonie met fin au *mundium*, M. Sohmn (3) a présenté une théorie qu'il est nécessaire de résumer. Selon lui, il s'agit là d'un véritable procédé d'émancipation. Chez les Germains, en effet, la forme

1. Sur l'exposé général de la question, très controversée, cf. surtout Kraut, *Vormundschaft*, t. II, p. 590 et s. et Heusler, *Institutionen*, t. I, p. 114 et s. et t. II, p. 435 et s.

2. Tacite, *Germanie*, 20 : « Dominum ac servum nullis educationis deliciis dignoscas. Inter eadem pecora, in eadem humo degunt, donec ætas separet ingenuos, virtus agnoscat. »

3. Sohmn. *Fränkisches Reichs- und Gerichtsverfassung. Beilage I. Die Wehrhaftmachung*, p. 545.

juridique de l'affranchissement est la remise d'une arme, symbole de l'indépendance. Le droit lombard, par exemple, a l'affranchissement *per sagittam*, qu'on retrouve aussi chez les Saxons ; le droit normand franc pratique l'affranchissement par la lance et l'épée. La remise d'une arme fonde aussi l'adoption ou l'entrée dans le compagnonnage (1). On peut donc expliquer de la façon suivante le passage où Tacite décrit la remise des armes au jeune Germain dans l'assemblée du peuple en armes (2). Elle crée un nouveau citoyen et c'est pourquoi elle a lieu avec cette solennité : cela correspond à l'affranchissement devant l'armée, l'affranchissement franc *per denarium*. Les armes sont remises à l'enfant par un *princeps*, par le père lui-même ou par un parent. Si c'est par un *princeps*, la cérémonie aura été précédée d'une *commendatio* de l'enfant à celui-ci, et le fils sera en même temps libéré du pouvoir paternel et admis dans la suite du *princeps*. Si c'est par un parent, le père lui aura préalablement transmis l'enfant *in adoptionem*, et le résultat sera une émancipation. Si enfin le père fait lui-même la remise des armes, il y aura émancipation pure et simple.

On peut penser que quelques détails de cette théorie

1. Pour les références et l'explication, toujours dans le sens de l'émancipation, de plusieurs autres cérémonies où les armes jouent un rôle, cf. Sohm, *op. cit.*, p. 551. Il nous suffit de relever les exemples essentiels, les autres sont, du reste, parfois contestables.

2. Tacite, *Germanie*, 23 « Tum in ipso concilio vel principum aliquis vel pater, vel propinqui scuto frameaque juvenem ornant ; antea pars, etc... »

prêtent aux Germains des conceptions juridiques dont la logique et la complication cadrent assez mal avec leur état de civilisation. Cette *datio in adoptionem* ou cette *commendatio* qui, dans certains cas, doivent précéder l'émancipation de l'enfant nous laissent des doutes. On pense évidemment, et l'emploi même du mot émancipation en est la preuve, que la cérémonie a vraiment pour but l'affranchissement du *mundium* paternel et il faut bien alors déterminer par suite de quels moyens détournés cette puissance pouvait être levée par un autre que son titulaire. Nous pensons que la relation entre la prise d'armes et la cessation du *mundium* paternel se présente tout autrement.

Ce qui ressort avant tout du récit de Tacite, c'est le rôle que joue la *civitas* dans cette cérémonie. C'est elle qui en détermine l'âge pour chaque enfant, (1) empêchant, paraît nous dire l'historien romain, qu'on ne l'y soumette prématurément, mais veillant sans doute aussi à ce qu'on n'en retarde pas trop le moment ; car, dans cette époque de guerres perpétuelles, elle y a le plus grand intérêt et, pour le même motif, le droit lombard formulera plus tard expressément ses exigences à ce sujet (2). C'est devant elle aussi que se passera la cérémonie. Dans cette dernière, l'intérêt public apparaît

1. Tacite, *Germanie*, 13 : « Arma sumere non ante cuiquam moris quam civitas suffectorum probaverit. »

2. Liutprand : « Post annum duodecimum, nemini militum bellum deesse contingat. »

prédominant, presque exclusif. Il s'agit avant tout de la création d'un nouveau guerrier : c'est au nom de l'assemblée en armes, qui l'admet ainsi dans ses rangs qu'il est lui-même armé soit par son père, auquel le devoir en revient naturellement, soit par un parent, sans doute si son père est mort ou s'il a parmi ses parents quelque guerrier illustre, soit par un *princeps* si celui-ci veut faire honneur à sa famille en le recevant parmi ses compagnons. Le changement dans la situation privée du mineur n'apparaît pas : il ne sera qu'une résultante.

Il ne faut donc pas parler d'émancipation au sens ordinaire et précis du mot. Il n'y a pas là un acte de volonté du père ayant pour but de faire sortir l'enfant du *mundum* auquel il était jusque-là soumis, mais une cérémonie militaire qui crée un nouveau guerrier, un nouveau citoyen. Seulement, dans cette société où la force joue encore un si grand rôle, après y avoir présidé à l'organisation des puissances dans la famille, le Germain une fois armé échappe à tout pouvoir domestique : les mœurs violentes et l'esprit d'indépendance empêchent qu'après avoir été à l'armée et au conseil l'égal de son père, le jeune homme reprenne au foyer où il le retrouvera une place subordonnée.

Au surplus, et quoi qu'il en soit des détails, la correspondance de la prise des armes par l'enfant et de sa sortie de puissance est mentionnée par d'autres sources. C'est vraisemblablement en ce sens qu'il faut interpréter une phrase de Cassiodore sur les Goths, qui, sans doute,

n'est pas d'une grande précision, mais à laquelle on ne voit guère d'autre sens (1). C'est sans doute aussi cette ancienne tradition germanique qui s'est perpétuée dans les lois de Henri I^{er} et de Guillaume le Conquérant (2), d'après lesquelles le *mundium* sur les enfants mâles prend fin par la remise des armes, accompagnée de solennités symboliques, dans l'assemblée des hommes libres.

Au temps des *Leges*, chez la plupart des peuples, la minorité prenait fin à un âge fixe. Ces dispositions semblent avoir supprimé les solennités de l'assemblée du peuple (3). Mais nous ne pouvons déterminer cet âge avec certitude que pour quelques lois; et dans ces lois mêmes, il n'est pas toujours possible de savoir s'il s'agit d'une majorité générale ou d'une majorité relative (4).

Les lois qui ont subi davantage l'influence romaine sont assez explicites : mais précisément on ne sait ce qui dans leurs dispositions peut être attribué au droit germanique. La loi des Visigoths fixe une majorité variable suivant les actes. Au point de vue de l'administration des biens laissés par la mère prédécédée, le *mundium* du père cesse à la vingtième année des enfants, et

1. Cassiodore, *Varia*, II, c. 38 : « Gothis ætatem virtus facit et qui valet hostem confodere, ab omni se jam debet vitio vindicare. — En ce sens, Zoëpfl, *Deutsche Reichs und Rechtsgeschichte*, t. III, p. 85.

2. Lois de Henri I^{er}, chap. 38 : Lois de Guillaume-le-Conquérant, section 3, chapitre 15. — Cf. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 40, et le même, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 111.

3. Cf. Glasson, *Histoire du droit de la France*, t. III, p. 40.

4. Cf. Rive, I, *Vormundschaft*, p. 214.

ceci s'applique aussi aux filles, ce qui est visiblement du droit nouveau. (1) Le père restitue donc alors à ses enfants la part de la succession maternelle à laquelle ils ont droit ; il la leur doit même plus tôt, s'ils se marient (2).

Pour leurs autres biens, ils peuvent en disposer comme il leur plaît dès l'âge de quatorze ans, soit entre vifs (3), soit par testament (4). La faculté de tester leur est même accordée dès leur dixième année en cas de circonstances graves (5).

La loi des Burgondes fixe à quinze ans une majorité qui paraît assez générale (6).

Les autres lois barbares ont conservé davantage le caractère germanique. La loi lombarde fixait d'abord la

1. L. Visig. IV, 2, c. 13 : « Pater tam filio quam filiæ, quum XX annos impleverint medium ex eadem, quam unumquemque contigerit, de rebus maternis restituat portionem. »

2. L. Visig., même paragraphe : « Cum autem filius duxerit uxorem, aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam accipiat portionem, ita ut usufructuario jure patri tertia pars predictæ portionis relinquatur. »

3. L. Visig. II, 3, c. 11... « Venientes usque ad plenum quartum decimum annum in omnibus judicandi de rebus suis liberam habeant absolutamque licentiam. »

4. L. Visig., même texte : « In minoribus annis constituti si testari de rebus suis .. elegerint, infra quartum decimum annum non illis aliter licentia erit, nisi gravis languor occurrerit. »

5. L. Visig., même texte : « Quod si eos necessitas hujus causæ compresserit, utrisque a decimo ætatis ipsorum anno faciendi quod voluerint libertas plena manebit. »

6. L. Burg., LXXXVII, 1 : « Minorum ætati ita credidimus consulendum, ut ante XV ætatis annos eis nec libertare, nec vendere, nec donare liceat. »

majorité à douze ans (1) ; c'était aussi, comme nous l'avons vu, l'âge de l'entrée dans l'armée. Puis avec la complexité croissante des relations civiles et dans un but de protection, Liutprand la recule à dix-huit ans (2), avec cette double restriction cependant, qu'avant cet âge le mineur pourra conclure les contrats pécuniaires relatifs à son mariage (3) ou disposer de sa fortune s'il se trouve en danger de mort (4).

La loi Salique et la loi Ripuaire fixent une majorité, la première de douze ans, la seconde de quinze, mais dans des décisions spéciales. La loi Salique, dans une disposition que nous avons déjà rencontrée, se préoccupe de déterminer l'âge à partir duquel l'enfant, coupable d'un délit, doit payer la partie de la composition destinée à expier la violation de la paix publique (5). On ne sait s'il faut généraliser et dater de là la majorité générale. La loi Ripuaire fixe l'âge à partir duquel l'enfant peut

1. Edict. Roth. : « Legitima ætas est postquam filii duodecim annos habuerint. »

2. L. Li., 19 : « Hoc prospeximus, ut intra decem et octo annos non sit legitimus homo res suas alienandum. — Et in nono decimo anno sit homini Longobardo legitima ætas et quodcumque fecerit vel judicaverit de rebus suis, stabili ordine debeat permanere. »

3. L. Li., 117 : « Si infans ante decem et octo annos quod nos institimus ut sit legitima ætas, sponsalia facere voluerit aut sibi muliere copulaverit, habeat potestatem et metam facere, etc... »

4. L. Li., 117 : « ...Si cuicumque ante ipsos decem et octo annos evenierit egritudo et se viderit ad mortis periculum tendere, habeat licentiam de rebus suis pro anima sua in sanctis locis causa pietatis vel in xenodochio judicare quod voluerit. »

5. L. Salica, t. XXIV, 5 ; XXIV, 4.

paraître en justice (1). Mais elle vise expressément le cas de l'enfant qui a perdu son père, et si nous en avons conclu plus haut par analogie que l'enfant est jusqu'à quinze ans sous le *mundium* de son père, au point de vue au moins de la représentation en justice, ce n'est, avons-nous dit, qu'une vraisemblance, et à plus forte raison ne peut-on pas généraliser avec certitude et fixer à cet âge la majorité générale.

Il est intéressant de rapprocher ici des *Leges* les droits germaniques du Nord. Ils témoignent du même mouvement dans la fixation des majorités; d'abord d'une précocité surprenante, on les retarde progressivement dans une pensée de protection. C'est douze ans et quinze ans dans le droit suédois, quatorze ou quinze dans le droit danois, et, dans ce dernier bientôt dix-huit et même plus tard vingt-cinq ans avec l'introduction de majorités distinctes pour les différents actes (2). C'est douze ans dans le droit irlandais des *Gragas*; puis seize ans pour certains contrats, et il est vraisemblable que dans un état antérieur, la majorité y dépendait de la maturité individuelle (3).

On saisit donc dans le monde germanique tout entier les progrès qui se réalisent sur ce point. A l'origine, c'est dans l'intérêt de la *civitas* et pour lui donner un défenseur de plus, qu'on fait de l'enfant un citoyen, aussi-

1. L. Rip., LXXXI, Cf. p. 49.

2. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 73 et ss.

3. Rive, *op. cit.*, I, p. 50 et ss.

tôt qu'il est en âge de porter les armes, ce qui entraîne la cessation du *mundium* du père. On ne se préoccupe donc que de son développement physique : la rude éducation qu'il reçoit le hâte singulièrement. C'est cet état que reflètent encore les lois qui fixent des majorités de dix et douze ans, avec des divergences qui sont le reste et la marque de l'ancienne détermination arbitraire. Puis la conception se modifie, et c'est dans une pensée de protection que partout, en présence de la complication croissante des relations civiles, de la nécessité chaque jour ressentie davantage, pour y prendre part, d'une maturité d'esprit beaucoup plus lente à se développer que la maturité physique, les lois retardent progressivement l'âge de la majorité.

La prise d'armes au temps de Tacite, l'arrivée de l'âge fixé à l'époque des *Leges*, suffisent-elles à mettre fin au *mundium* du père ? Certains auteurs pensent qu'il faut en outre que l'enfant quitte la maison paternelle. Tant qu'il y demeure, il est soumis à l'autorité de son père. Seulement, à partir de sa prise d'armes ou de sa majorité, il peut s'y soustraire, si, et quand il le veut, en s'éloignant du toit paternel (1). Mais ne faudrait-il pas distinguer entre les divers côtés du *mundium* ? Sans doute, tant qu'il vit chez son père, le fils continue à être tenu au respect et à l'obéissance auxquels a droit dans la maison le chef de famille. Sans doute encore, le *mundium* du père sur les biens de l'enfant, s'il en possède, ne cessera en fait

1. Glasson, *Histoire du droit*, t. III, p. 40.

que par leur remise aux mains de ce dernier, et il est possible qu'il ne la réclame d'ordinaire que quand il veut fonder un établissement séparé. Mais il semble bien difficile de soumettre à la même restriction la faculté, capitale pour le majeur, d'ester en justice. « On conçoit parfaitement, dit M. Heusler, que le fils vote dans l'assemblée du peuple, participe à la guerre privée entreprise par sa famille, etc., et qu'en même temps il soit, quant aux biens, étroitement dépendant de son père, et même représenté par lui, activement et passivement, dans les affaires criminelles » (1). Mais c'est, au contraire, des plus douteux. Il y a une liaison étroite, dans l'ancien droit germanique, entre le droit de porter les armes et le droit de paraître en justice : on n'aperçoit pas sur quoi, les deux droits étant acquis ensemble par l'enfant, pourrait se baser une représentation par le père. Et cela est sans doute vrai au temps des *Leges* comme au temps de Tacite.

1. Heusler, *Institutionen*, I, 437.

CHAPITRE II

LE « MUNDIUM » DU PÈRE (*Suite*)

Le « mundium » du père sur les femmes

I

La femme est soumise à un *mundium* perpétuel. Le principe est consacré par à peu près toutes les lois germaniques. L'expression la plus complète de cette dépendance se trouve dans la loi lombarde : *Nulli mulieri liberæ sub Regni nostri ditione, lege Longobardorum vivent, liceat in suæ potestatis arbitrio, it est selbmundiæ vivere* (1). Elle est impliquée dans les dispositions de la loi Salique (2), de la loi Ripuaire (3), de la loi des Alamans (4), de la loi des Bavarois (5), de la loi des Frisons (6), de la loi des Thuringiens (7), de la loi des Saxons (8), et de la loi des

1. Edict. Roth., 204.

2. L. Sal., XLIV (*De reipus*).

3. L. Rip., XXXV, 3.

4. L. Alam, LIV, 2.

5. L. Bajuv, VIII, 8.

6. L. Fris., IX, 11.

7. L. Angl. et Werin, 47.

8. L. Sax., 40.

Burgondes (1). La loi des Visigoths n'en a conservé que des traces douteuses (2), ce qui, sans doute, doit être attribué à l'influence romaine.

Ce *mundium* appartient tout naturellement au père tant qu'il vit et que sa fille n'est pas mariée. Ce pouvoir paternel, qui se continue sur la femme même adulte s'explique originairement de la même façon que celui sur les enfants mâles. Tant qu'il n'y a pas d'état constitué, la puissance de fait du père peut s'étendre indéfiniment sans rencontrer la limitation d'une autorité rivale. Mais cette puissance basée avant tout sur la domination physique et la force des armes cessera sur les enfants mâles, lorsqu'ils deviendront aptes à les porter ; car rien ne fonde plus alors leur sujétion. Comme, au contraire, la force de la femme n'égale jamais celle du père et qu'aucun âge ne la rend propre à porter les armes, le *mundium* sur elle est perpétuel (3). Mais ceci est le fait : le droit va naturellement se développer dans le même sens. Les premiers états germains, on le sait, se forment par la réunion des guerriers des diverses familles pour assurer la paix entre eux, et dans ces assemblées, il n'y a pas place pour la femme. Aux affaires qui s'y traitent, à la justice qui s'y rend en appareil militaire, elle ne peut

1. L. Burg., tit. XII, 4, tit. XXXVI.

2. L. Visig., l. III, tit. 4, c. 2. — Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 11.

3. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 24. — De Schulte, trad. Fournier; *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, p. 31. — Zæpfll, *Deutsche Reichs-und Rechtsgeschichte*, t. III, p. 80.

prendre aucune part : les hommes portant les armes y figurent seuls et y représentent leur groupe familial que l'état naissant ignore.

Si cette conception du *mundium* primitif sur la femme paraît bien résulter de l'histoire de la formation des états germaniques, il est à peine besoin d'ajouter que ce point de départ est vite dépassé. Mais une preuve de plus de son exactitude et de la légitimité de la conception qui place l'origine de l'infériorité juridique de la femme dans cette faiblesse physique qui la rend impropre au maniment des armes, c'est précisément le lent, mais continu mouvement d'émancipation, qui finira par soustraire la femme adulte et non mariée à tout *mundium*, l'état, dont la notion se développe, s'introduisant de plus en plus dans la famille, pour limiter les droits de son chef et assurer les mêmes droits à tous ses membres. Or ces mesures s'expliqueraient difficilement, si la soumission de la femme au *mundium* avait été déterminée par des pensées de protection (1). C'est à tort qu'on voit dans ces institutions primitives la manifestation d'idées préconçues. La famille est alors l'unité sociale, et dans ce petit état où le premier besoin est celui de la défense, les maîtres sont tout naturellement ceux qui assurent la sécurité, les hommes en état de porter les armes (2).

1. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 219, défend cependant ce point de vue.

2. Pour Rive, *Vormundschaft*, t. I, p. 227, il n'y a aucun lien nécessaire entre le fait que la femme ne peut pas, en général, se défendre victorieusement contre la violence et les différentes limi-

Mais du reste, cette situation juridique inférieure de la femme, cette soumission perpétuelle au *mundium* du père, d'un parent ou du mari, n'entraîne pas une situation morale correspondante. On a souvent remarqué le contraste de cette sujétion juridique avec le respect dont la femme est entourée dans la famille. Dans cet être délicat et faible, sur lequel ils possèdent des droits si étendus, les Germains grossiers et enthousiastes qu'à dépeints Tacite, croient voir quelque chose de divin (1). La femme joue parmi eux un rôle religieux. Ils l'associent à tous leurs périls, ils l'appellent à toutes leurs fêtes. Sa dépendance et sa dignité, son incapacité juridique et son autorité morale vont de pair. Et ce contraste s'explique. Si jamais le pouvoir du père n'a été plus énergique, jamais aussi sans doute, les affections de famille n'ont été plus puissantes pour contenir et tempérer ce

tations qui existent pour elle sur le terrain du droit. Cela n'est qu'un fait et n'a rien de juridique. — Sans doute, mais c'est un fait d'où le droit est sorti. C'est de cette faiblesse que naît la sujétion des femmes dans la famille, et lorsque les Etats naissent par la réunion des familles, on considère d'abord leur intérieur comme un domaine réservé où le chef seul a des pouvoirs. Cela alors est du droit. — On ne pourrait, non plus, fonder la dépendance de la femme sur une prétendue faiblesse morale. C'est un point de vue dont on ne trouve trace dans aucune loi germanique et que contredit la situation honorée qu'elle possède dans la tribu. V. le développement du texte et Gide, éd. Esmein, *Condition privée de la femme*, p. 208.

1. Tacite, *German.*, c. 8 : « Inesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant... complures venerati sunt, non adulatione nec tanquam facerent deas. »

pouvoir. En ce temps-là, la famille était tout pour l'homme ; en dehors d'elle, il n'avait plus ni patrie, ni temple, ni dieux ; il ne rencontrait plus que des peuplades et des divinités ennemies. Tout ce qui, dans nos mille rapports sociaux, se partage aujourd'hui les affections et les intérêts de l'homme, se concentrait alors dans la famille et la femme trouvait dans son mari ou dans son père bien moins un maître qu'un protecteur (1).

Si on laisse de côté ce point de vue moral, qu'il était cependant nécessaire de signaler, il reste que les conceptions juridiques attribuent au père dans la famille des droits très étendus. En étudiant successivement les diverses faces de son *mundium* sur sa femme, nous en verrons la diminution et la limitation progressives dans les lois barbares.

II

Le père a droit tout d'abord à l'obéissance de sa fille *in mundio*. La loi lombarde munit ce droit d'une sanction sévère : la faculté pour le père de disposer, comme il l'entend, de la fortune de la fille qui a agi contre sa volonté (2).

1. Pour un exposé général de la situation morale des femmes dans la famille, cf. Gide, éd. Esmein, *Condition privée de la femme*, l. I, ch. I^{er} et l. II, ch. 3, dont j'ai reproduit plusieurs phrases.

2. L. Liutp, 5 : « Si filiæ aut sorores contrā voluntatem patris aut fratris egerint, potestatem habeat pater aut frater judicandi res suas quomodo et qualiter voluerit. »

Ce droit de correction, dont un premier exemple nous est ainsi fourni, il ira, dans quelques cas, beaucoup plus loin et jusqu'à la mort même. C'est de cette peine, que d'après la loi des Visigoths, le père peut frapper sa fille, qu'il surprend en adultère dans sa maison : s'il ne la tue pas, il peut en faire ce qu'il veut (1). D'après le droit lombard, le père peut de même tuer ou vendre à l'étranger la fille coupable de s'être unie à un esclave (2). Il en résulte que dans le droit germanique du temps des *Leges*, il n'y a pas de droit absolu de vie et de mort du père sur sa fille. Les cas qui viennent d'être mentionnés sont des applications, mais à la vérité très rigoureuses, du droit de correction.

Le droit du père sur la personne de sa fille se manifestait à l'origine de façon plus particulièrement étendue en matière de mariage. Il pourrait la marier sans son consentement. Telle est encore la décision du droit lombard du VII^e siècle (3) ; telle est la décision originaire des droits du Nord (4). Mais ce point de vue ancien est

1. L. Visig., l. III, t. IV, c. 4 et 5 : « Si filiam in adulterio pater in domo sua occiderit, nullam pœnam incurrat. Si certe eam reservare voluerit, faciendi de ipsa quod voluerit habeat potestatem. »

2. Edict. Roth., 221 : « Si servus liberam mulierem aut puellam ausus fuerit sibi in conjugio sociare... illam potestatem habeant parentes occidendi aut foris provinciam transvendendi. »

3. Ed. Roth., 196 : « Si quis mundium de muliere libera aut puellus in potestate habens, excepto patre aut fratre et... alii invitam ad maritum tradiderit... amittat mundium ipsius. »

4. Si l'on en juge par l'anecdote que rapporte la Saga de Nial, c. 10. — Rive, *Vormundschaft*, I, p. 98.

déjà dépassé dans certaines lois, qui, en proscrivant ce mariage par force ne font pas d'exception pour le père (1). et le droit lombard lui-même, qui prend comme on vient de le voir des précautions pour empêcher que le tuteur de la femme ne la marie contre sa volonté, explique que s'il n'applique pas ces dispositions au père, c'est qu'il a confiance dans son affection. Dans les droits du Nord, cette pratique sera combattue et abolie par le christianisme (2).

D'autre part, le père peut refuser de marier sa fille. Si elle passe outre, sans préjudice du droit de correction que le père pourra exercer sur elle, elle encourt, d'après plusieurs lois des peines pécuniaires. Elle perdra soit sa fortune entière, ce qu'elle possède actuellement et les héritages qui devaient lui revenir, comme dans la loi des Thuringiens (3) et des Lombards (4), soit ses droits héréditaires seulement comme dans la loi des Visigoths (5).

1. L. Visig. III, 3, 11. — Lois de Canut, I, § 72; Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, p. 48.

2. Loi de Vestrogothie, l. II. Kirk. l. 52, p. 99. Cf. Rive, *op. cit.*, p. 119, note 40.

3. L. Angl. et Werin, 47 : « Si libera femina sine voluntate patris aut tutoris cuilibet nupserit, perdat omnem substantiam quam habet vel habere debuit. »

4. Ll. Liutp., 119 : « Si (quis) sine voluntate patris et fratris eam tollere præsumpserit, quæ jam alteri est desponsata, puella..., quæ hoc sua voluntate facere præsumpserit, si aliqua ei portio ex parentum successione debetur, amittat ipsam portionem et unita et nuda de rebus parentum suorum vadat, etc... »

5. L. Visig., III, 2, 8 : « Si absque cognitione et consensu parentum... puella sponte sua fuerit viro conjuncta, et eam parentes in

Du reste, il est vraisemblable que le refus du père peut être arbitraire. Nous verrons qu'il n'en est pas toujours ainsi pour le tuteur : mais rien n'autorise à étendre ces textes ici.

III

Le père a le droit de réclamer la composition due pour les délits commis contre sa fille. Il s'agit là de la violation de son *mundium* et la règle ne lui est pas particulière. Les textes mêmes, pour la plupart, ne font pas de lui mention spéciale (1); mais comme ils visent les titulaires du *mundium* en général, c'est à lui qu'on doit en faire la première application.

Il en sera ainsi en cas de meurtre de la femme (2), de violences exercées contre elle (3), d'outrages à elle adres-

gratiam recipere noluerint, mulier cum fratribus suis in facultate parentum non succedat. »

1. Cf. cependant, L. Fris. IX, 8, 9 (note 3), et Edict. Roth. 190.

2. Edict. Roth. 201 « Si quis puellam aut mulierem liberam... occiderit, componat solidos mille duocentūs, medietatem parentibus eius, aut ad quem mundus de ipsa pertinet et medietatem regi. »

3. L. Fris. IX, 8 : « Si quis puellam virginem rapuerit et violatam dimiserit, componat ei veregildum ejus ad satisfactionem, et ad partem Regis similiter. 9 Tertium weregildum patri sive tutori puellæ ». — Edict. Roth. 186. « Si vir mulieri violentiam fecerit et invitam eam tulerit ad uxorem, sit culpabilis solid. nongentos, medium regi, et medium parentibus mulieris. — Ll. Liutp. 125. « Si quis malitiose et per superbia... mulierem aut puellam liberam sedentem ad necessitatem corporis sui... pungere aut percutere præsumpserit, componat ad mundoald ejus solidos octuaginta ». — Je ne pense pas qu'il faille voir d'intention et une attribution diffé-

sés (1), et ce qui montre mieux la base de la composition dans l'échec fait à la puissance du père, en cas de rapt avec le consentement même de la femme. Mais son droit de poursuite implique-t-il le droit de conserver pour lui la composition perçue ? Oui, d'après le droit lombard (2) et c'est la seule solution logique tant que l'on estime que le droit de poursuite du père repose non sur une sorte de représentation de la fille, mais sur la violation de son droit personnel. Deux autres lois cependant, la loi des Frisons (3) et la loi des Saxons (4) attribuent une part de composition au possesseur du *mundium*, sans distinguer s'il s'agit du père ou non, et une autre part, plus forte chez les

rente dans les différents termes des lois lombardes citées dans cette note et la précédente, *parentes ad quos mundium pertinet, parentes, mundoaldus* (Cf. Ll. Liutp., 34). Cette terminologie flottante désigne toujours le *mundoaldus* et donc au premier rang le père.

1. Ll. Aistulphi. 6. « Pervenit ad nos, quod dum quidam homines ad suscipiendam sponsam cuiusdam sponsi cum paranimpha... ambulant; perversi homines aquam sordidam... super ipsam iactassent. Sed... previdimus... ut si quisquam liber homo liberæ mulieri talem rem facere tentaverit, componat solidos 900, medium regi et medium mundoaldo ejus. » — Cf. Edict. Roth. 26.

2. V. les textes cités à la page précédente et ci-dessus. — Bluhme, *Mundschaft nach dem Longobarden Recht*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, p. 387, pense qu'alors, en droit lombard, si le père gardait la composition, cela pouvait donner lieu, à sa mort, à un prélèvement sur la succession de la part de la fille, à l'occasion de laquelle cette composition avait été perçue.

3. L. Fris., IX, 8, 9. Cf. page précédente, note 3.

4. L. Sax., 40 : « Si puella... vi rapta est, parentibus ejus 300 solidos, puellæ 240 conponat, eamque parentibus restituat. »

Frisons, plus faible chez les Saxons, à la pupille elle-même. Mais il semble bien qu'il faille y voir un progrès législatif dans l'intérêt de la pupille et non la conception première (1).

Ces amendes, il est conforme aux conceptions germaniques qu'elles soient particulièrement élevées. C'est d'abord comme mère de la race future que la femme est spécialement protégée, par exemple, par un triple wergeld, tant qu'elle est en âge d'être mère, dans la loi Salique (2), la loi des Ripuaires (3), la loi des Thuringiens (4). Mais c'est aussi et surtout parce qu'elle ne peut porter les armes et se défendre elle-même (5). Et ainsi cette situation particulière et sa soumission au *mundium* procèdent de la même cause.

Quant aux amendes que la fille encourt, elle seront prises naturellement sur son patrimoine, si elle en possède un. En cas d'insolvabilité, la responsabilité du père semble être la contre-partie naturelle de ses droits dans la circonstance contraire. Les textes mêmes dont nous avons, par analogie, fait l'application au mineur, s'appliquent d'autant mieux ici qu'ils sont relatifs au *mundium* de l'affranchie qui, sur tous les autres points, ressemble singulièrement au *mundium* sur la fille.

1. Nous retrouverons cette question à propos du droit à la composition du *mundwald* autre que le père, sur quoi les sources lombardes demandent un examen détaillé.

2. L. Sal. XXIV, § 6.

3. L. Rip., XII, XIII, XIV.

4. L. Angl., 48. — Cf. encore L. Sax., 15.

5. L. Alam Hloth., XLVII, XLVIII.

Il n'y a, du reste pas, pour la femme, en matière de responsabilité pénale, les mêmes immunités que pour le mineur. Dans les cas mêmes où les progrès du droit pénal ont substitué à l'amende une peine matérielle, la femme y est soumise comme les autres (1). Même, le droit anglo-saxon est le seul qui ordonne expressément de différer la punition corporelle de la femme enceinte dans l'intérêt de l'enfant à naître (2).

Soit pour la poursuite de ces amendes, soit en matière civile, c'est en général celui sous le *mundium* duquel se trouve la femme, et en premier lieu son père, qui paraît pour elle en justice. Mais c'est à des titres différents aux différents moments du développement du droit germanique. A l'origine, c'est son droit propre qu'il défend, violé dans la personne ou les biens de sa fille. A la fin, ce n'est plus qu'une représentation, au sens précis du mot ; parfois même, la femme paraît elle-même en justice, assistée de son tuteur. Cela correspond au changement de conception, à l'œuvre législative qui au *mundium*, puissance pure, substitue peu à peu le *mundium*, puissance de protection.

Au milieu du développement, les deux conceptions se mêlent, et il y a tantôt intervention du père en son nom personnel, et tantôt représentation ou même simple assistance. C'est ce qui apparaît nettement dans le droit

1. Wilda, *Strafrecht der Germanen*, p. 648.

2. Lois de Guillaume, I, c. 33, Schmid *Gesetze der Angelsachsen*, p. 343.

lombard, dont nous possédons d'assez nombreuses formules. Lorsque la pupille est personnellement atteinte par le délit, c'est le mundoald, donc en premier lieu le père, qui poursuit. Il en est ainsi en cas d'outrages (1), d'enlèvement (2), de coups (3). S'il s'agit, au contraire, de revendication d'un bien de la pupille, c'est elle qui poursuit, assistée de son mundoald (4).

La loi des Visigoths, qui permet à la femme de paraître seule en justice, marque son émancipation totale du *mundium* à ce point de vue (5).

Tel est le développement. Qu'il ne soit pas toujours très logique, c'est ce qu'on a pu voir par l'exemple du droit lombard, qui, d'un côté, reconnaît à la femme le droit de revendiquer ses biens en justice avec l'assistance de son mundoald et qui d'autre part, au cas de délits, met ce dernier seul en scène, sans qu'on puisse même y voir avec certitude une véritable représentation. Mais

1. Formula ad Edict. Roth. 198 : « Petre, te appellat Martinus, quod clamasti Aldam suam mundoaldam fornicariam. »

2. Formula ad Lleg. Liutp. 93 : « Petre, te appellat Martinus, quod tu movisti Mariam suam mundoaldam de casa ubi habitabat, et minasti ad aliam partem sine sua voluntate. »

3. Formula ad Lleg. Lintp. 122 « Petre, te appellat Martinus quod Maria sua mundoalda (currebat in scandalum simpliciter), et tu fecisti sibi plagas. »

4. Formula ad Edict. Roth. 205 : « Petre, te appellat Maria cum N. suo mundoaldo, quod tu tenes sibi malo ordine terram in loco tali. » — Cf. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 363.

5. L. Visig. II, 3, c. 6 : « Femina per mandatum causam non suscipiat, sed suum proprium negotium in iusticio proponere non vetetur. »

cela tient à ce que l'organisation militaire de la société se reflète encore dans l'administration de la justice, surtout en matière de délits. Un grand nombre d'accusations aboutissent au duel judiciaire. C'est une procédure qui est commune à tous les peuples germaniques, sauf aux Anglo-Saxons, qui ne l'auraient connue que depuis la conquête normande, et peut-être aux Francs Saliens dont la loi n'en fait pas mention (1). Elle est si répandue qu'il existe des champions professionnels, qui sont, du reste méprisés (2). Mais normalement ce sont les hommes de sa famille, et en premier lieu, son père, qui se battent pour la femme. C'est par le combat, ou par serment, que ce dernier innocentera, d'après le droit lombard, la femme accusée d'avoir comploté la mort de son mari (3). Voilà pourquoi la femme reste si longtemps exclue de la justice. Car il est difficile d'admettre que, malgré les inductions qu'on pourrait tirer d'un passage du miroir de Souabe qui autorise formellement la femme à accepter le duel (4) et les « quelques souvenirs qui nous sont res-

1. L. Baju., titre XVIII, c. 1, et 2. — L. Burg. tit. XLV, tit. LXXX 1 à 3. — L. Longob. Edict. Roth. 198-308. Ll. Liutp. 118. — L. Angl. et Werin. 55. — L. Sax. 63. — Cf. Davoud-Oghlou. *Lois des Germains*, I, p. LXXXVIII et tome I et II, les chapitres spéciaux.

2. L. Fris. XIV, 3. — V. 1.

3. Edit. Roth., 203. — « Et si illa negaverit, liceat parentibus eam purgare, aut per sacramentum aut per pugnam, aut per campionem. »

4. Schwabenspiegel, c. 222, cité par Laboulaye, *Condition de la femme*, p. 180.

tés de ces singuliers faits d'armes », le sort de la femme se soit, en cette matière, décidé, en droit germanique, autrement que par champions. Et en tout cas ce n'est certainement pas ce cas de duel judiciaire que vise la loi des Bavares qui n'accorde qu'un wergeld simple à la femme, lorsqu'elle se défend elle-même, puisqu'en cette matière il ne peut être question de composition (1).

Pour les mêmes raisons, la femme ne peut le plus souvent être *conjurator* ni témoin ; cela peut obliger à combattre. Elle ne peut non plus prêter serment pour les autres, ne pouvant le faire pour elle-même. Un texte du droit lombard du temps de Liutprand semble pourtant *a contrario* l'autoriser à le prêter avec le concours du père, qu'au surplus on ne distingue pas ici des autres *mundualds* (2). La loi des Burgondes permettait aussi à la femme de jurer pour son mari ou son fils accusés (3).

L'incapacité civile chez la femme ne provient que de sa soumission à la puissance de celui qui possède le *mundium* sur elle. Mais étant donné qu'il n'y a pas pour elle d'incapacité de fait, comme celle du mineur dont l'intelligence n'est pas encore développée, elle n'a plus

1. L. Bajuv., IV, 27. « Dum femina cum armis se defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat. Si autem pugnare voluerit per audaciam cordis sui, sicut vir, non erit duplex compositio ejus, sed sicut fratres ejus ita et ipsa recipiat ». — Cf. Laboulaye. *loc. cit.*

2. Ll. Liutp., 93.

3. L. Burg., VIII, I.

besoin au temps des *Leges*, où sa personnalité juridique est reconnue, que de l'assistance de son tuteur. Telle est, du moins la décision du droit lombard, qui défend à la femme d'aliéner sans cette autorisation quoi que ce soit de ses meubles ou de ses immeubles (1). La sanction est la nullité (2). Les autres sources mentionnent aussi parfois l'assistance du tuteur ; quelquefois même elles paraissent supposer que la femme agit seule (3). Mais leur pauvreté ne permet pas de reconnaître quelle est leur conception précise au sujet de l'incapacité de la femme.

IV

Des causes qui mettent fin au *mundium* du père sur sa fille, la mort de celle-ci ou sa vente comme punition, et la mort du père lui-même n'ont pas besoin d'explication. Quant au mariage de la fille qui normalement met fin au *mundium* du père, il sera étudié au siège de la matière qui est le *mundium* du mari.

1. Edit. Roth., 204 : « Nec aliquid de res mobiles aut immobiles, sine voluntate ipsius, in ejus mundium fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi. »

2. Formula ad edict. Roth., 205.

3. Cf. les textes cités par Rive, *Vormundschaft*, I, p. 232, note 5.

CHAPITRE III

LE « MUNDIUM » DU TUTEUR

Le père mort, le *mundium* passe à un membre de la famille, pour lequel le droit germanique ne connaît aucun nom particulier. Si le droit lombard le nomme *mundualidus*, l'expression lui est spéciale, et elle s'applique aussi bien au père dans l'exercice des mêmes fonctions. Le vieux droit français, plus tard, l'appellera mainbour. Enfin dans quelques textes, on rencontre l'expression de *tutor*. Sous ce langage flottant, c'est toujours la même institution qui est visée. Pour la commodité de l'exposition, nous appellerons tuteur celui qui succède au *mundium* du père.

Le « mundium » du tuteur sur les mineurs.

I

Après la mort du père, deux lois seulement confient la tutelle à la veuve, à la condition qu'elle ne se remariera pas : ce sont la loi des Burgondes (1) et la loi des

1. L. Burg. LIX : « Ceterum, si nubere electa castitate distulerit, filii cum omnia facultate in ejus solatio et potestate consistent. — *Id.*, LXXXV : 1. Si mater tutelam suscipere voluerit, nulla ei parentela præponatur. »

Visigoths (1). Si l'on remarque que c'est à la même condition que la loi romaine appelle la veuve à la tutelle, on se rendra compte que ces dispositions sont d'origine romaine et ne doivent pas être attribués au droit germanique. Du reste il s'y agit bien d'une tutelle, et non seulement d'éducation maternelle et du fait pour la veuve de demeurer avec les enfants sur le patrimoine du mari. L'emploi des mots *tutela* et *potestas*, les mêmes dont on se sert pour le mari, est probant, ainsi que les mots : *nulla parentela preponatur* (2). C'est au contraire du soin personnel des enfants seulement qu'il paraît s'agir dans les lois anglo-saxonnes (3), pures d'influences romaines, et dans la loi des Bavarois (4), qui, seules des autres lois germaniques, mettent en scène la mère. Si l'on remarque de plus que le développement postérieur du droit germanique (5) ne connaît pas non plus cette tutelle de la mère, on se convaincra que c'est une conception étrangère à l'ancien droit germanique.

1. L. Visig., IV, 3 c. 3 : Si patre mortuo in minori ætate filii relinquantur, mater eorum tutelam, si voluerit, suscipiat, si tamen in viduitate permanserit.

2. Kraut, *Vormundschaft*, t. II, p. 672, le fait justement observer contre Eichhorn, *Deutsche Rechtsgeschichte*, p. 55, et Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 168.

3. Lois de Lothar et d'Eardric, c. 36, et lois d'Iné, c. 38 (Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, pp. 11 et 39). — Rivè, *Vormundschaft*, t. I, p. 195.

4. L. Bajuv, VIII, 7 : « Si autem viduam rapuerit, que coacta ex tecto egreditur propter orphanorum et propriæ penuriæ rebus... »

5. On ne la retrouve, en effet, ni dans le Miroir de Saxe, ni dans le Miroir de Souabe. Kraut, *Vormundschaft*, t. II, p. 673.

La règle proprement germanique, c'est la vocation du plus proche parent mâle du côté du père, ou comme on traduisait au Moyen-Age l'expression germanique (Schwertmagen), du plus proche parent *a latere gladii*. Malgré la pauvreté des sources, cela ressort suffisamment d'un certain nombre de lois (1). De la loi des Burgondes d'abord (2), où on vient de voir qu'existe la tutelle de la mère, mais qui, au cas de remariage de celle-ci, confie le pupille *ad avi ordinationem vel sollicitudinem* ; plus loin, elle nomme le *proximus parens* (3). La loi des Visigoths (4), quand la mère est remariée, appelle à la tutelle des fils leur frère déjà majeur, puis l'oncle paternel, enfin le fils de ce dernier. Le droit franc suit aussi le même principe (5), et l'applique à la tutelle du roi mineur. Le droit saxon (6) qui, à la mort du père, transmet au *proximus paterni generis* la tutelle des filles devait certainement

1. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 194. — Kraut, *Vormundschaft*, I, pp. 166 et 197.

2. L. Burg., LIX : « Nepos amisso patre cum rebus omnibus ad avi ordinationem vel sollicitudinem conferatur : ea tamen ratione si mater eius secundas nuptias crediderit eligendas. »

3. L. Burg., LXXXV, 2.

4. L. Visig. : « Quod si mater alium maritum acceperit et aliquis de filiis jam ad perfectam, id est, usque ad XX annorum perveniat ætatem, ipse juniores fratres sua tuitione defendat... Quod si fratres ejus ætatis vel meriti non fuerint, qui defensionem suscipiant orphanorum, tunc patruus, vel patrum filius tutelæ, qualem de fratribus constituimus, conditionem suscipiat. » *Id.*, IV, 3. 3.

5. Capit. Wormat. 829 : « Capit. pro lege habenda », c. 4 (Boretius II, p. 19).

6. L. Sax., 43.

donner la même solution pour celle des mineurs. Il en est de même du droit lombard (1). Et enfin c'est encore la décision du droit allemand du haut Moyen-Age issu directement et sans mélange des sources germaniques (2).

Que dans le pur droit germanique, le *mundium* ne passe pas aux femmes, cela est suffisamment expliqué par le fait qu'elles-mêmes sont toujours soumises à cette puissance. La tutelle de la femme ne se développera qu'à mesure qu'un état fort lui assurera à elle-même la protection qu'elle n'aura plus besoin de chercher sous une autorité particulière et que, d'autre part, de puissance de force matérielle et de protection matérielle, le *mundium* sera devenu, en se transformant, puissance de protection juridique.

Les proches parents mâles auxquels le *mundium* est transmis sont des tuteurs-nés. Dans les sources purement germaniques, il ne sera jamais question de tuteur nommé, et ceci à un double point de vue. D'abord on ne rencontre pas de tuteur nommé par le père pour le cas où il mourrait (3). Et nous rapprocherions volontiers ceci de l'absence bien connue de testaments : la famille que le chef laisse derrière lui a droit au *mundium* sur ses

1. Edict. Roth. 167, 178, etc.

2. P. ex. Sachsenspiegel, I, 23, § 1 : « Svar de sone binnen iren jaren sin, ir eldeste evenbürdige svert mach... is der kindere vormunde ». — Winterthümer Stadtrod. 1297, III, 24 : « Der kinde nehste valtermag, der in vogit solte sin, etc... » Cf. Heusler, *Institutionen*, II, p. 493.

3. Heusler, *Institutionen*, II, p. 494.

membres faibles, comme à l'héritage matériel. Quant à des tuteurs nommés par l'autorité publique, on n'en trouve d'exemple que bien plus tard, et c'est la manifestation d'idées nouvelles au sujet de leur puissance, idées venues des influences romaines (1) ou des progrès de l'Etat (2). Mais auparavant, le *mundium* du tuteur est pour lui, non un devoir, mais un droit.

L'exactitude de cette conception découle encore du fait que, de même qu'un héritier peut renoncer à l'héritage, le successeur au *mundium* du père peut refuser de l'exercer. Certains textes le supposent expressément. Tel le texte lombard qui, en présence des refus des tuteurs légitimes, ordonne au juge de nommer à cette fonction un homme craignant Dieu (3), attestant en même temps l'ancien état du droit et l'apparition de conceptions nouvelles sur la puissance qui remplace celle du père. Le droit allemand, directement issu des *Leges* donne les mêmes décisions, ce qui en est une confirmation manifeste (4). Aucun devoir donc ne lie le tuteur : des sentiments d'affection, ou l'intérêt, si le mineur a quelques

1. L. Visig. IV, t. II, c. 13 : « Quod si pater ipse qui novercam duxerit, tuitionem suscipere filiorum noluerit, tunc a iudice propinquior ex matre tutor eligendus est, qui tuitionem pupillorum suscipiat. »

2. L. Long. Pippini R. 5. Cf. note 3.

3. L. Long. Pippini R. 5 : « Et si tutor illorum (orphanorum et viduarum), aliquis esse noluerit, iudex provideat Deum timentem hominem. »

4. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 228.

biens, car il en est proche héritier, le détermineront seuls à prendre le *mundium*.

Enfin, ce qui, suivant certains auteurs (1), compléterait cette conception du *mundium* du tuteur comme d'une puissance existant dans le seul intérêt de celui qui l'exerce, c'est que le possesseur en pourrait disposer. Cette faculté de disposition existe indubitablement dans des cas voisins. Nous verrons, en étudiant le *mundium* sur les femmes mariées, qu'il était transmis au mari par le possesseur précédent, que le mari lui-même pouvait le transmettre, s'il le voulait, au ravisseur de sa femme, que le tuteur d'une veuve le pouvait revendre aux parents de cette dernière. Et on retrouve plus tard cette même faculté, notamment en matière de fiefs. Kraut estime que ce ne sont pas là des cas particuliers, et que tout *mundium* peut ainsi être transmis. Qui empêcherait cette transmission ? L'Etat ? Mais il est absolument contraire à l'esprit de l'Etat germanique naissant de s'immiscer dans ce qui concerne la famille. La famille elle-même, dont le tuteur peut être considéré comme le représentant, exerçant le *mundium* dans leur double intérêt qui se confond ? Sans doute, mais cela oblige seulement à admettre que cette transmission devra, pour s'accomplir, être autorisée par elle. Et la théorie semble en effet admissible, en tant que des raisonnements et des analogies peuvent suppléer au manque de textes.

Il résulte tout naturellement de cette conception du

1. Kraut, *Vormundschaft*, I, p 245.

mundium qu'aucune obligation n'est imposée au tuteur entrant en fonctions. Parmi les lois barbares, celles-là seules où nous avons constaté, à propos du *mundium* du père, la profonde influence du droit romain, prescrivent la confection d'un inventaire devant témoins (1). On peut aussi relever, dans le droit irlandais primitif, l'obligation pour le tuteur de n'entrer en possession des biens qu'en présence de témoins qui en évaluent sous serment la valeur; mais il n'est tenu, du reste, à aucune garantie (2). Les autres lois sont muettes. En règle générale, le tuteur saisi du *mundium* par la mort du père, comme il le serait d'un héritage, entre en fonctions en s'emparant, sans autres formalités, de la personne et des biens du mineur.

II

A vrai dire, pour la garde ou le droit du tuteur sur la personne du pupille, ce sont les renseignements seuls du droit allemand postérieur, issu des sources germaniques, qui permettent d'en déterminer l'étendue. D'après lui, le tuteur peut s'emparer de la personne de l'en-

1. L. Visig., IV, 3, c. 3 : « Sive mater tutelam, sive quicumque suscepit, præsentibus testibus vel propinquis de omnibus rebus quas pater reliquit brevis factus trium vel quinque testium subscriptione firmetur et præsentibus ipsis qui ad brevem faciendum testes interfuerint, Episcopo aut pre-bytero, quem parentes elegerint, brevis commendetur, minoribus, dum adoluerint, reformandus. »

2.. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 31, note 8.

fant même contre la volonté de la mère (1). On admettra difficilement que ce soit une décision nouvelle, car le développement juridique se fait dans le sens absolument contraire et augmente peu à peu les droits de la femme.

Et cependant, nous avons vu que, dans les droits germaniques du Nord (2) l'enfant est confié aux soins de sa mère, et qu'il semble bien en être de même dans la loi des Bavarois (3), les autres lois restant muettes. Quoi qu'il en soit, la question a assez peu d'importance pour le temps proprement germanique où on sait que les familles vivent groupées, et où le tuteur se trouvera toujours au moins proche voisin du pupille.

Ce qui lui permettra, tout au moins, d'exercer son droit de correction. Au temps des *Leges*, il le possède encore dans une certaine mesure. Le témoignage s'en trouve dans la loi des Visigoths (4) qui, comme on l'a vu, reconnaît le droit de correction non seulement aux parents, mais encore aux aïeux, ce qu'il faut certainement étendre au tuteur. Il se retrouve dans un passage de la loi des Lombards (5), qui détermine indirectement dans quels cas il est légitime de battre la fille

1. Magdeburg, Schöffensp, I, 8, 5 : Der Kinder nekster Schwertmage mag sich der kinder und ihres guts unterwinden, und sich vorstehen ohne der Mutter willen. » — Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 289.

2. Lois anglo-saxonnes, cf. Schmid, *Gesetze*, p. 11 et 39.

3. L. Bajuv, VIII, 7.

4. L. Visig., IV, 5, c. 1.

5. L. Li., 120.

mineure, et dont le principe doit sans doute être étendu aux mineurs mâles. Mais on sait les limitations que cette loi impose à ce droit du tuteur, et la sanction de leur violation ; la même règle est vraisemblablement applicable ici et tout tuteur, autre que le père et le frère, en cas de mauvais traitements sur son pupille est puni de la perte de la tutelle. Cette limitation ne contredit pas le fait qu'à l'origine la tutelle s'ouvre par la main-mise du tuteur sur la personne et les biens du pupille, n'étant qu'une transmission de pouvoir. Si elle n'entraîne plus, au temps des *Leges*, qu'un droit restreint au profit du tuteur, c'est un progrès. Il ne faut pas perdre de vue que dans toute cette étude, nous saisissons une institution de fait, la famille, où pouvoir et protection sont mêlés, en train de devenir par le relâchement de ses liens et par l'intervention de l'Etat qui limite le côté de puissance pure, une institution de protection.

III

Le tuteur germanique, à la mort du père, se met en possession des biens du pupille. Malheureusement, nous ne savons à peu près rien de son administration.

« A mon sens, dit M. Viollet (1), sa première et plus importante fonction, c'est celle que nous verrons s'épanouir au Moyen-Age ; il jouit des revenus du pupille ». Si l'on se souvient des principes relatifs à la dévolution

1. *Histoire du droit civil français*, p. 534.

du *mundium* d'où il nous a paru résulter qu'il existe surtout dans l'intérêt du tuteur, on ne peut que souscrire à cette opinion. Le tuteur doit avoir en cette matière les mêmes droits que le père. C'est sous l'influence romaine, déjà plusieurs fois signalée, que la loi des Visigoths (1) ne laissa plus au tuteur qu'un dixième des revenus, et que la loi des Burgondes (2) paraît ne lui en accorder aucune part.

Faut-il admettre, malgré le silence des textes de la période barbare, que les meubles lui appartiennent et qu'il est chargé de toutes les dettes, en l'induisant de ce que ce droit sera écrit en toutes lettres dans les textes juridiques quelques siècles plus tard ? (3) Cela n'est pas impossible, mais n'est qu'une conjecture. Il est, en tout cas, tenu de rendre au pupille ses autres biens intacts au jour de la cessation du *mundium*. S'il en est ainsi pour le père, cela s'impose encore davantage pour le tuteur. La loi des Burgondes seule possède, du reste, une disposition précise, lui interdisant toute aliénation (4). Si on rapproche ce passage de cet autre déjà indiqué, où la même loi autorise le mineur qui a affranchi, vendu ou donné avant l'âge de quinze ans, à révoquer ses actes dans un espace de quinze autres années, il faut sans

1. L. Visig., IV, 3, 3 : « Cui tamen de fructibus ad victum præsumendi partem decimam non negamus. »

2. L. Burg., LXXXV.

3. Viollet, *loc. cit.*

4. L. Burg. LXXXV, 2 : « Nec (tutori) liceat exinde (scilicet rebus minorum) quidquam evertere vel alienare. »

doute admettre aussi qu'en droit burgonde, le même droit de révocation existerait pour l'enfant au cas d'une aliénation faite en temps de minorité par lui et son tuteur agissant de concert (1).

IV

A défaut de textes, ce que l'on sait de l'isolement et de la solidarité de la famille germaine à l'origine, autorise pour le tuteur les mêmes conclusions que pour le père, dont il recueille en même temps la puissance et les biens. C'est donc lui qui réclame la composition pour les délits commis contre le mineur et qui, sans doute, en cas d'insolvabilité de sa part, est subsidiairement responsable, ce qui est d'autant plus facile à admettre que rien, nous le savons, ne l'oblige à prendre le *mundium*.

Il s'ensuit aussi qu'en droit germanique, le tuteur représente le mineur en justice. Sans doute, il est possible que les dispositions sur ce point des lois des Burgondes (2) et des Visigoths (3) soient dues à l'influence romaine (4). Mais les autres sources germaniques connaissent aussi cette représentation. Il en est ainsi d'abord des droits du Nord, et par exemple du droit irlandais des *Gragas* et de la loi d'Ostrogothie (5). Il en était ainsi en droit lom-

1. Kraut, *Vormundschaft*, t. II, p. 6.

2. L. Burg., LXXXV, 4 : « Ita ut si causam pars minoris habuerit, ipsa persona respondeat quæ tutelam suscepit. »

3. L. Visig., IV, 3, c. 3.

4. Viollot, *Histoire du droit civil français*, p. 535.

5. Cf. Wolf, *Zur Geschichte der Stellvertretung vor Gericht nach nor-*

bard où, du reste, la puissance publique modifie bientôt par son intervention la forme de la représentation du mineur (1). Le droit franc enfin, contient à ce sujet une disposition formelle (2). Et si pour certaines affaires, il exclut cette représentation, s'il recule le procès jusqu'à la majorité du mineur quand il s'agit de l'héritage de son père ou de sa mère (3), c'est à cause de l'importance de la question en jeu, et dans un but de protection pour le mineur (4) : car, à cette époque, les tuteurs usent sans doute de leurs droits, mais paraissent peu se préoccuper

dischem Rechte, dans la *Zeitschrift für vergleichende Wissenschaft*, 1886, p. 3 et p. 63.

1. L. Li., 75. « Si infans dum intra ætatem est, causam habuerit cum quacumque hominem, similiter faciat iudex parentis ipsius propinquos venire, et accedat apud locum cum ipsis parentibus et deliberit causam ipsam per iustitiam et faciat notitiam in quorum præsentiam causam ipsam deliberaverit, et iudicatum suum emitat, ut ipse qui causam suam quærit non perdat iustitiam suam pro eo quid ipse infans intra ætate esse vedetur. » — L'innovation ne consiste pas ici dans la représentation, mais dans l'obligation, pour la famille, de se prêter à cette représentation. *Contra*, Viollet, *loc. cit.*

2. Capit. Wormat, 829, cap. 4, (Boretius, II, 19). « Si autem ipse pater mortuus est, tunc legitimus ejus propinquus... pro ipso rationem reddere compellatur. Similiter et de aliis omnibus justitiis ad eum pertinentibus.

3. Capit. de 819 (Boretius, I, 293). De hereditate vero paterna vel materna si aliquis eum interpellare voluerit, usque ad spatium 12 annorum expectare iudicatum est. Cf. p. 28.

4. On s'en rend facilement compte si on rapproche ce capitulaire, de la suite du capitulaire de Worms déjà cité (note 2) : « Similiter et de aliis omnibus justitiis.... (proximus heres rationem reddere compellatur), excepta sua legitima hereditate quæ ei per successionem parentum suorum legitime venire debuit. »

de la protection de leurs pupilles (1). Cette divergence du droit franc n'empêche donc pas qu'il ne faille conclure que la conception originaire du droit germanique à ce sujet admet la représentation en justice du mineur par le tuteur (2), si, d'ailleurs, on est parfois obligé de lui rappeler plus tard que ce n'est plus seulement pour lui un droit, mais un devoir (3).

L'incapacité du mineur soumis au *mundium* du tuteur est la même que celle de l'enfant soumis au *mundium* du père (4).

V

Puisque originairement le *mundium* du tuteur n'est que la puissance du père héritée de ce dernier, ce sont les mêmes causes qui y mettent fin. Nous pensons donc conformément à ce qui a été dit de la cessation du *mundium* paternel que, la majorité venue, au temps de Tacite, le plus proche parent, possesseur du *mundium*, ar-mait l'enfant dans l'assemblée du peuple, à moins qu'un *princeps* ne le fit, et que cette entrée dans la vie publique marquait en même temps le début de la pleine capacité civile.

1. Cf. dans Kraut, *Vormundschaft*, t. I^{er}, p. 77, 80, 81, les textes nombreux qui recommandent, aux viii^e et ix^e siècles, l'orphelin à la pitié publique et privée. — Viollet, *op. cit.*, p. 533.

2. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 200 et s.

3. C'est le cas du capitulaire de Worms, qui n'est, sans doute, point une innovation — *Contrà*, Viollet, *op. cit.*, p. 535.

4. Cf. plus haut, p. 31.

Pour le temps postérieur, il en est de même : c'est le même âge qui dans les *Leges* marque la sortie du *mundium* du père ou du *mundium* du tuteur qui l'a remplacé.

CHAPITRE IV

LE « MUNDIUM » DU TUTEUR (*Suite*)

Le « mundium » du tuteur sur les femmes

I

La situation de la femme dans la famille, dont il serait superflu de rappeler ici les motifs, explique son état de dépendance vis-à-vis du parent mâle, nouveau chef de famille, qui succède à la puissance du père, comme vis-à-vis du père lui-même. Il est dans la nature des choses que les femmes soient forcément sujettes là où la famille est elle-même un gouvernement : il faut qu'il y ait un état organisé et fort pour qu'elles aient une personnalité bien reconnue (1).

La vocation au *mundium* des femmes suit les mêmes règles que la vocation au *mundium* des mineurs : les textes relatifs à l'un et à l'autre se complètent mutuellement. A la mort du père, le *mundium* passe donc au plus proche parent mâle de celui-ci. Les textes qui l'expriment formellement pour le *mundium* des femmes sont la loi des Saxons (2) et le droit lombard. Celui-ci précise même

1. Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 173.

2. L. Sax., 44 : « Qui defunctus filias reliquerit....., tutela eorum fratri vel proximo paterni generis deputetur. »

l'ordre dans lequel le *mundium* passe aux divers parents. Le premier qui le recueille est le frère légitime de la femme dont il s'agit, et, entre plusieurs frères, celui qui préside à la maison commune (1) ; à son défaut, il passe à l'oncle (2), puis au neveu. Les autres agnats ne sont mentionnés en règle que sous la désignation commune de *parentes*, *proximi parentes* ; une fois pourtant (3), il est expressément question du *consobrinus*, à côté du *barbas*. Du reste il n'y a aucun doute que tous ces parents, tant qu'ils avaient un droit à la succession, c'est-à-dire jusqu'au septième degré, étaient éventuellement appelés à l'exercice du *mundium*, tandis que pour le même motif, les cognats n'avaient pas ce droit (4).

II

Le tuteur possède sur la femme un droit de correction très étendu. La loi des Visigoths accorde au moins aux deux premières classes de tuteurs, qu'elle cite dans leur ordre de vocation au *mundium*, le droit, déjà reconnu au père, de tuer la femme surprise en adultère dans la maison (5). Le droit lombard (6) reconnaît aux *parentes*, au

1. Edict. Roth. 167, 195, 197, 199 ; Grim, 5.

2. Edict. Roth. 186, Li. 145.

3. Edict. Roth. 164.

4. Bluhme, *Mundschaft nach Longobarden Recht*, p. 379.

5. L. Visig., III, 4, 5 : « Similiter et fratres sive patru post obitum patris habeant potestatem. »

6. Edict. Roth. 222.

premier rang desquels se trouve naturellement le tuteur, le droit de tuer la femme qui s'unit à un esclave. Mais pour exorbitants que soient ici les droits du tuteur, ils sont limités à ces cas spéciaux et ne comportent plus d'arbitraire. Même, au cas où il battrait la femme sans en avoir un juste motif, il serait puni de la perte de son *mundium* (1). Le droit arbitraire du tuteur existe cependant encore en droit lombard au profit du frère, tuteur privilégié auquel on accorde les mêmes droits qu'au père, et qui peut disposer comme il le veut des biens de sa sœur, si elle agit contre sa volonté (2).

Le tuteur doit donner son autorisation au mariage de la femme (3). Si celle-ci se marie sans cette autorisation, d'après la loi des Thuringiens (4), elle perd sa fortune. La même sanction existe en droit lombard pour le défaut de consentement du frère, tuteur privilégié (5).

Les décisions du tuteur ne sont pas toujours arbitraires. La loi des Visigoths ne lui permet de refuser son consentement que si les autres parents consultés sont d'accord avec lui (6). Les autres *Leges* sont muettes à ce

1. Ll. Liutp. 420.

2. Ll. Liutp. 5.

3. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 325.

4. L. Angl. et Werin, 47.

5. Ll. Liutp. 119.

6. L. Visig., III, I, 7 : « De puella vero, si ad petitionem ipsius is, qui natalibus ejus videtur æqualis accesserit petitor, tunc patruus sive fratres cum proximis parentibus conloquantur, si velint suscipere petitozem : ut aut communi voluntate jungantur, aut communi judicio denegetur. »

sujet. On peut cependant induire la décision contraire en droit lombard et saxon des lois qui limitent en cette matière l'arbitraire du tuteur de la veuve (1). Les veuves jouissent en général, en droit germanique, d'un traitement beaucoup plus libéral que les autres femmes. On est donc autorisé à penser que les prérogatives, que ces textes édictent pour elles en matière de conclusion de mariage, leur sont spéciales. Le droit islandais des *Gragas* permet au tuteur de refuser deux fois sans motifs ; mais s'il se présente un troisième parti convenable, la femme peut se marier avec le concours d'un quelconque de ses parents (2).

Mais, d'autre part, sauf en droit lombard, où l'édit de Rotharis, fidèle à son assimilation au père du frère, tuteur privilégié, paraît l'autoriser à marier sa sœur malgré elle (3), faculté qui disparaît, du reste, dans le droit lombard postérieur, les autres droits germaniques exigent pour le mariage de la femme soumise au *mundium* d'un tuteur, son propre consentement (4).

1. L. Sax 43 Edict. Roth. 182.

2. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 99.

3. Edict. Roth. 196.

4. L. Visig. III, 3, 4 : « Si vero, post obitum patris fratres sororem suam raptori tradiderint, vel raptori levandam consenserint, pro eo quod eam vel vili personæ, vel contra voluntatem suam nuptui tradiderint, cujus etiam honorem debuerant exaltare, medietatem facultatis suæ amittant, ipsi nihilominus sorori tradentur, et insuper in præsentia aliorum a iudice quinquagena flagella suscipiant, ut hoc alii terrore commoti formident. » — III, 3, 11 : « Ille quoque qui puellam ingenuam vel viduam absque

Il est permis de penser avec Kraut (1) que c'est là un progrès dans les idées juridiques germaniques, et que l'assimilation du frère au père, en droit lombard, comme aussi les récits des Sagas qui donnent ce même pouvoir aux autres parents (2) sont les vestiges d'un temps où ce droit de marier la femme contre son gré appartenait à tout possesseur du *mundium*, avec l'agrément de la famille. C'en est encore un ressouvenir que le droit qui appartient au roi de marier même contre leur volonté les femmes placées sous son *mundium*, qui remplace pour elles la puissance de la famille (3).

Le tuteur dispose de même du droit d'autoriser sa pupille à entrer dans un cloître, et en droit lombard, tout au moins, cette permission accordée n'éteindra pas *ipso facto* son *mundium*, qu'il pourra, du reste restreindre, s'il le veut (4).

III

Comme le père, qu'il remplace, tout tuteur peut réclamer les compositions encourues pour attentat commis

regisjussione marito violenter præsumpserint dare, quinque libras auri ei, cui vim fecerint, cogantur exsolvere : et hujusmodi conjugium, si mulier dissentire probatur, irritum nihilominus habeatur. » — Loi de Canut, I, 72 (Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, p. 168).

1. *Vormundschaft*, I. p. 328.

2. Cf. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 98.

3. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 436.

4. Cf. le texte cité par Bluhme, *Mundschaft*, p. 380.

contre la vie, la santé ou l'honneur de la femme. Les textes dont nous avons fait l'application au père sont presque tous conçus en termes généraux et visent tous ceux qui exercent le *mundium*.

Au point de vue de l'attribution de la composition, la loi des Saxons (1) et la loi des Frisons (2) font au tuteur la même situation qu'au père. La loi lombarde nécessite une étude particulière. Elle laisse au frère, comme elle la fait pour le père, la liberté de faire profiter ou non, et, au premier cas, dans la mesure qu'il voudra, la femme de la composition perçue à son occasion (3). Mais pour tout autre tuteur, elle fixe la proportion dans laquelle la composition sera répartie entre lui et la pupille. Si l'on rapproche de cette décision de Liutprand la loi 12 du même roi (4), où la pupille elle-même est désignée comme bénéficiaire de la composition, et le paragraphe 26 de l'édit de Rotharis (5), antérieur d'un siècle environ, qui

1. L. Sax. 40.

2. L. Fris. IX, 8. 9.

3. Ll. Liutp. 31 : « Si quis rapuerit qualemcumque feminam liberam... compositio sol. nongentorum, ita volumus ut de illis quadrigentis solidis qui pertinent ad parentes vel ad mundoald ut accipiat ex ipsis sol. mundoald qui fuerit, pro fatigio suo ex acceptione de ipsa in pœnam solid. centum quinquaginta. Reliquos vero trecentos habeat ipsa femina, cui talis iniuria aut detractio facta est. »

4. L. Liutp. 12. « Si quis puellam ante annos duodecim... tulerit..., componat... nongentos solidos, medium Regi et medium eidem infantulæ. »

5. Ed. Roth., 26 : « Si quis mulieri liberæ aut puellæ aliqua injuria intulerit, noningentos solidos componat, medietatem Regi e medietatem cui ipsa iniuria illata fuerit, aut ad quem mundius de ea pertinuerit. »

attribue la somme ou à la pupille ou à son tuteur, on aperçoit qu'il s'est produit un changement de législation. Mais quel a été le sens de cette marche du droit lombard et quel est son état originaire, il est plus difficile de l'établir avec certitude.

On peut penser cependant (1), d'après la façon dont est rédigée la loi 31, que l'innovation a consisté à limiter la part du tuteur à une fraction fixe de la composition, le tiers, la pupille recevant les deux autres tiers. Primitivement tout tuteur pouvait garder pour lui, s'il le voulait, le montant entier de la composition ; mais il était d'usage, sans doute, qu'il en abandonnât à la pupille, sinon la totalité, du moins la plus grande partie. Ainsi s'expliqueraient les divergences des textes qui se placent, tantôt au point de vue du droit de réclamation, tantôt au point de vue de l'attribution de fait. Le roi Liutprand, se défiant des tuteurs autres que le frère, aurait alors fixé une fois pour toutes la part à laquelle ils pourraient prétendre, tandis qu'il aurait, pour le frère comme pour le père, laissé subsister l'ancien droit. Tel est le sens probable du développement. Ajoutons que cette loi de Liutprand manifeste en outre des idées nouvelles, puisque la participation du tuteur à la composition n'y est plus considérée comme un droit propre, mais comme un dédommagement *pro fatigio suo et exactione*.

C'est précisément en se fondant sur ces mots qu'on a

1. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 333.

soutenu que le développement s'était fait en sens contraire (1). La composition entière aurait été originairement attribuée à la femme (L. Li. 12) et il faudrait voir dans la loi 21 de Lintprand un effort législatif pour resserrer par l'appât d'une récompense pécuniaire des liens naturels qui tendaient à se relâcher. Mais cela semble bien artificiel. Il faudrait alors admettre, car on ne peut séparer les deux dispositions, qu'on a pensé que le père et le frère avaient besoin d'un appât plus fort pour prendre les intérêts de leur fille ou de leur sœur, puisqu'on leur permet de garder la composition tout entière : c'est d'autant moins vraisemblable que le législateur manifeste ailleurs en termes exprès, à propos du mariage de leur pupille, la confiance qu'il a en eux. Dans la situation qui leur est faite, il n'y a certes pas de réaction. Ce qui est vrai, c'est que le législateur préoccupé d'augmenter les garanties des femmes vis-à-vis de ceux qui exercent sur elles le *mundium*, et en modifiant les vieilles relations, de faire de ceux-ci de véritables protecteurs, s'arrête, soit confiance, soit crainte de s'immiscer dans des relations de famille si étroites, devant le père et le frère. De même que les mauvais traitements ne leur font pas perdre leur *mundium* comme aux autres, de même ils ne sont pas obligés de remettre à la femme une portion quelconque de la composition par eux perçue à son occasion. Et encore une fois, le lien entre les deux dispo-

1. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 204 et 205. Cf. aussi, p. 236 et 237.

sitions est assez étroit pour qu'on soit obligé de concevoir par contre l'attribution aux autres tuteurs d'une quote-part de la composition comme une limitation apportée dans l'intérêt des pupilles à des droits antérieurement beaucoup plus étendus (1).

Si l'on admet, comme nous le pensons, que le tuteur qui originairement percevait les amendes dûes pour les délits contre sa pupille, devait de même être subsidiairement responsable des amendes qu'elle encourait (2), il est à croire que, comme ses droits au cas opposé, ses devoirs à ce point de vue ont cessé, lorsque les puissances du père et du tuteur se sont peu à peu différenciées et qu'une place croissante a été faite à la personnalité juridique de la femme.

La représentation en justice de la femme par le tuteur ne diffère pas de sa représentation par le père. Nous avons, à ce propos, indiqué la transformation de cette représentation pour le droit lombard, qui, seul, permet une étude détaillée. Nous avons vu que la femme y était tantôt représentée, tantôt seulement assistée. Ajoutons seulement ici un cas où la femme portera plainte elle-même en justice avec la seule assistance de son tuteur : c'est celui où elle poursuivra le meurtrier de son père (3).

1. Dans le même sens, Bluhme, *Mundtschaft...*, p. 387, et K. Maurer, compte-rendu critique du livre de Rive, dans la *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, p. 424.

2. *Contrà*, Rive, *Vormundtschaft*, I, p. 238.

3. *Form. ad Ll. Liutp.*, 13.

L'incapacité civile de la femme tient, avons-nous déjà dit, à sa soumission au *mundium*. Qu'il s'agisse du *mundium* du tuteur ou du *mundium* du père, cela ne modifie ni la nature, ni les effets de cette incapacité.

IV

Les mêmes causes qui mettent fin au *mundium* du père, font aussi cesser celui du tuteur : sa mort ou celle de sa pupille et le mariage de celle-ci normalement contracté. De plus, au moins dans le droit germanique récent, le tuteur peut encore perdre son *mundium* par destitution. Telle est, du moins, la décision du droit lombard (1). Mais en frappant ainsi le tuteur qui maltraite sa pupille, qui l'outrage, qui l'accuse injustement, qui complotte contre elle, ou qui veut la marier contre son gré, le droit lombard épargne toujours le frère, qu'il assimile au père, ce qui semble bien indiquer que, comme nous le disions, cette destitution du *mundium* est une disposition de formation récente.

1. Ll. Liutp. 120.

CHAPITRE V

LE « MUNDIUM » DU MARI

Comment et à partir de quel moment naît le *mundium* du mari ? Dans quelle relation plus ou moins étroite est-il avec le mariage même ? C'est une question sur laquelle les diverses lois germaniques donnent des solutions différentes, parfois contradictoires. L'étude détaillée de chacune de ces lois nous permettra de dégager comme conclusion, la marche probable en ces matières du droit germanique, dont elles représentent des moments différents.

Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, c'est le droit lombard, qui fournit les renseignements les plus nombreux. Le mariage s'y présente normalement comme un contrat à intervenir entre celui qui a jusqu'alors exercé le *mundium* sur la femme et le futur mari. La femme et le *mundium* sur elle seront remis à ce dernier moyennant une somme d'argent qu'il paiera au *mundwald*. Le prix lui-même, par suite d'une confusion de termes, se nomme *mundium*, et les textes désignent cette opération par les mots de *mundium facere*.

Ces principes se déduisent naturellement des consé-

quences que la loi lombarde attache à leur méconnaissance. Et c'est tout d'abord l'obligation pour celui qui ne s'y est pas conformé, de payer une amende au *munduald* de la femme (1).

C'est ensuite si, l'amende payée, le mari n'achète pas le *mundium*, comme la loi lui prescrit de le faire, la privation pour lui de tout droit successoral sur les biens de la femme ; il seront recueillis par celui qui a conservé le *mundium* de celle-ci (2).

Ce sont, du reste, là les deux seules sanctions certaines et il semble d'après les termes d'*uxor* et *maritus* employés par la loi lombarde qu'elle conçoive fort bien à cette époque un mariage sans *mundium* (3). Rive en a conclu (4) que ce contrat pécuniaire ne jouait qu'un rôle ac-

1. Edict. Roth. 187 : « Si quis violento nomine tulerit uxorem conponat ut suprâ et postea mundium eius faciat. » — *Id.* 190 : « Si quis puellam aut viduam alterius sponsatam, illa tamen consentiente, tulerit ad uxorem, conponat parentibus mulieris, vel ad quem mundius de ea pertenuerit anagrip solidos viginti et propter faida aliûs viginti, et mundium eius, qualitersteterit, faciat. » — *Id.*, 191. Ll. Liutp. 114, 119, 215.

2. Edict. Roth. 187 : « Nam si contigerit casus ut, antequam mundium eius faciat, mortua fuerit, res eius parentibus reddantur. » — *Id.*, 188 : « Si contigerit eam antea mori, quam mundium eius faciat, res ipsius mulieris ad eum revertantur qui mundium eius in potestatem habit... ideo perdat maritus res mulieris, eo quod mundium facere neglexerit. » — *Id.*, 215.

3. Ed. Roth. 165 : « Si quis dixerit de uxorem alienam, quod mundius ad ipsum pertineat, nam non ad maritum, tunc ille qui eam habet uxorem, preveat sacramentum... »

4. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 244.

cidentel, et il l'explique de la façon suivante. Le *mundwald*, comme contre-partie des devoirs que lui impose son *mundium*, a, sur la succession de sa pupille, droit à une part qui, pour cette raison, s'appelle aussi *mundium* (1). Mais si la pupille se marie, il est conforme à la conception du mariage que ces droits et devoirs découlant du *mundium* passent désormais au mari, ce qui doit entraîner aussi le droit de succession qui leur est intimement lié. Celui donc qui jusqu'ici était *mundwald* et qui va cesser de l'être, subirait de ce chef une perte matérielle. Mais comme il est naturel que, dans un contrat, on se préoccupe également des droits et des avantages des deux parties, le futur mari et le *mundwald* conviendront dans ce contrat d'une somme qui dédommagera ce dernier et qui, elle encore, par voie de conséquence, se nommera *mundium*. Ainsi s'explique la prestation pécuniaire à fournir au *mundwald*.

Mais cette explication n'est pas satisfaisante. Cette somme d'argent devait sans doute être payée là même où il n'y avait pas de succession à espérer pour le *mundwald* : il n'est nulle part dans les sources question d'une

1. Ll. Liutp. 14 : « Si sorores in casa patris remanserint aut ad maritum ambolaverint, succedant patri suo et matri suæ in omni substantia eorum, sicut antea statuimus. Et si contegerit una ex eisdem sororibus mori, tunc et quæ in capillo remanserent et quæ ad maritum ambolaverint, in omni portioni sororis suæ defunctæ, quamvis puella mortua fuerit, succedant. Parentis autem propinqui aut *mundwald* earum tantum *mundium* earum suscipiant, nam de rebus eius aliud nihil percipiant. » — Cf. Ed. Roth. 160, 161, 183, 200, 214, 216. Ll. Lintp. 9, 10, 14, 101, 141, 147.

exception (1). Rive ne propose cette explication que parce qu'il n'admet pas à ce moment la conception du mariage comme achat de la femme. C'est pourtant ainsi que, d'après les textes cités, le mariage lombard paraît encore se présenter.

Du reste, la vente de la femme n'y est plus assimilable à une vente quelconque. Nous avons vu le rôle que son propre consentement joue déjà dans le mariage. Pour le prix de vente, que les textes nomment indifféremment *mundium* ou *meta*, au temps de Rotharis, il est déjà donné à la femme en mariage par son *munduold* qui l'a perçu (2), et au temps de Liutprand on le remet directement à la femme (3).

1. Cf. Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, p. 25.

2. Edict. Roth., 178-190.

3. Ll. Liutp. 88. — Cette identité de la *meta* et du *mundium* a été très discutée. V. notamment Rive, *Vormundschaft*, I, p. 247 et s. Elle semble bien cependant résulter des textes suivants rassemblés par Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 299. Tout d'abord, au cas où la fiancée meurt avant d'avoir été remise au fiancé, on doit restituer à celui-ci tout ce qu'il a donné. Or il n'est question, au texte qui prévoit ce cas, que de restitution de la *meta*. Edict. Roth., c. 215 : Si quis puellam aut viduam sponsatam habuerit et contigerit casus, ut ipsa ante moriatur, quam a patre aut qui mundium eius potestatem habet, tradita fuerit, tunc meta quae data fuerat, ab illo sponso reddatur ei, tantum quantum in ipsa meta dedit. Nam alias res illius sint, qui mundium eius in potestatem videtur habere, eo quod ante traditionem mortua est. » Dans les deux textes suivants, où il s'agit d'une amende à payer au fiancé, au préjudice duquel on a conclu un mariage, si la *meta* désignait une dot proprement dite, différente du prix d'achat, on comprendrait difficilement que ce fût elle qu'on doublât pour déterminer le montant de l'amende. Edict. Roth., 190 :

Le droit saxon, très explicite, fixe à trois cents sous la somme que doit payer aux parents d'une femme celui qui désire l'épouser (1). Certains auteurs estiment du reste qu'il s'agit plutôt là de la fixation d'un maximum 2).

« Si quis puellam aut viduam alterius sponsatam... tulerit uxorem... spunsum... omnia quæ in meta dictum fuit, quando eam sponsavit, in dublum-ei componatur ab illo qui ei de spunsata sua turpescit. » *Ibid.*, 192 : « Si pater... aut frater... aut aliquis ex parentibus puellam spunsaverint, et post hæc cum alio extraneo arte colludium fecerint... componant spunso... simili pæna, ut suprâ in dupla meta quæ dicta fuerat tempore sponsaliorum et post hæc spunsus amplius adversus eos... calumnia non requiratur. » De plus, il n'y est pas question de restitution du *mundium*. — Il ne peut guère s'agir non plus que du prix d'achat dans le texte qui fixe l'amende à payer, lorsque le fiancé a laissé passer deux ans sans conclure le mariage. Edict. Roth., 178 : « Potestatem habeat qui mundium eius potestatem habet, distringere fidejussorem quatinus adimpleat metam illam quam in die sponsaliorum promissit. » — Il ne peut se faire non plus qu'en cas de remariage de la veuve, le prix qu'elle doit payer au plus proche héritier du premier mari soit calculé sur sa première dot, tandis qu'on comprend qu'il soit calculé sur le premier prix d'achat. Edict. Roth., 182 : « Secundus maritus... de suis propriis rebus medium pretii quantum dictum est, quando eam primus maritus spunsavit, pro ipsa meta dare debat ei qui heres proximus mariti prioris esse invenitur. » Et enfin, voici un dernier texte des plus clairs. Ed. Roth., 183 : « Si quis pro muliere libera aut puella mundium dederit... tunc (si la femme, veuve de ce premier mari veut se remarier) heredes mariti prioris accipiant medium de meta sicut suprâ constitutum est. » — Dans le même sens, Gaupp, *Recht der alten Sachsen*, p. 138. Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 115. Sohm, *Recht der Eheschliessung*, p. 27.

1. L. Sax. 40 : « Uxorem ducturus 300 solidos det parentibus eius. »

2. Gaupp, *Recht der alten Sachsen*, p. 137.

Mais qui est compris sous ce nom de parents ? D'abord le père et la mère. Mais le père seul, titulaire du *mundium*, reçoit l'argent : la comparaison des textes suivants le prouve. L'un d'eux (1) porte que, si une jeune fille est enlevée de son plein-gré, sans le consentement de ses parents, le ravisseur doit leur payer six cents sous, évidemment trois cents d'achat et trois cents d'amende. Mais le texte qui prévoit un cas voisin, l'enlèvement, sans doute avec le consentement de celle-ci, d'une femme fiancée à un autre, s'exprime de façon plus précise (2). Le ravisseur doit payer neuf cents sous, trois cents au premier fiancé, c'est une amende, puis les six cents que nous avons trouvés dans le cas précédent, trois cents comme achat et trois cents comme amende. Mais ces trois cents d'amende qu'au premier cas la loi attribuait aux *parentibus*, sans préciser, elle les attribue ici au père. Il n'est pas douteux, les hypothèses étant, quant à lui, exactement semblables, que c'est lui qui était compris aussi sous la désignation générale. Si donc il reçoit toujours l'amende due pour non paiement du prix, c'est qu'il doit toujours recevoir le prix lui-même. La *desponsatio* se présente donc ici normalement comme la vente de la femme ou des droits sur elle par celui qui à ce moment possède

1. L. Sax. 40 : « Si autem sine voluntate parentum, puella tamen consentiente, ducta fuerit, bis 300 solidos parentibus eius conponat. »

2. L. Sax. 49 : « Qui feminam ab alio desponsatam rapuerit, 300 solidos patri puellæ, 300 sponso conponat et insuper 300 solidis emat eam. »

son *mundium* (1). Non seulement cela résulte des textes cités, mais encore le droit saxon emploie pour qualifier ce contrat des expressions, dont le sens juridique est précis, *pretium emptionis* (2), *uxorem emere* (3).

Comme le droit lombard, le droit saxon paraît bien, du reste, concevoir l'existence d'un mariage sans *mundium*. Sans doute, il prescrit, en termes plus impératifs que le premier, à celui qui a enlevé une femme, d'en payer le prix aux parents, 'outre l'amende'. Mais on peut interpréter, comme une conception semblable à celle du droit lombard, ses prescriptions relatives au remariage de la veuve. Si le tuteur de la veuve la refuse au prétendant, celui-ci peut se la faire accorder par ses autres parents, tout en tenant à la disposition du tuteur trois cents sous si celui-ci veut dire quelque chose, *si forte aliquid dicere velit* (4). Qu'est-ce à dire, et que peut réclamer le tuteur? Vraisemblablement l'exercice des droits que lui conférait son *mundium*, et pour l'éviter le mari n'a qu'à le lui acheter. Il nous semble que cela se rapproche de la conception lombarde.

1. Gaupp, *Recht der alten Sachsen*. — *Contrà*, Rive, *Vormundschaft*, I, p. 251.

2. L. Sax. 43. Cf. note 4.

3. L. Sax., 65 : « Lito regis liceat uxorem emere, ubicumque voluerit. »

4. L. Sax. 43 : « Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis eius, consentientibus ad hoc propinquis eius. Si tutor abnuerit, convertat se ad proximos eius et eorum consensu accipiat illam, paratam habens pecuniam, ut tutori ejus, si forte aliquid dicere velit, dare possit, hoc est solidos 300. »

De cette dernière disposition, il résulte aussi que dans le droit saxon, c'est encore le possesseur du *mundium* au moment du mariage qui reçoit et garde le prix d'achat. La dot attribuée à la femme y est nettement séparée de ce prix (1).

La loi des Alamans prescrit aussi au prétendant une entente pécuniaire avec le tuteur de la femme, et elle y voit nettement une acquisition du *mundium*. Le contrat paraît, dans ce droit, faire partie intégrante du mariage, puisque, s'il fait défaut, le père a le droit de se faire rendre sa fille. Sans préjudice des amendes qui frappent le séducteur ici comme dans les lois précédentes, quarante sous en général, quatre cents si la femme est morte, et le wergeld de chacun des fils ou filles qu'il aura pu avoir d'elle et qui seront également morts (2).

Quant à la somme que normalement le prétendant doit payer au possesseur du *mundium*, la loi ne la fixe pas. Merkel (3) le voit dans l'amende de quatre cents sous à payer en cas de mort de la femme. Mais cela ne cadre pas avec les décisions des autres lois barbares qui, en

1. L. Sax. 47.

2. L. Alam. LIV, 1 : « Si quis filiam alterius non sponsatam acciperit sibi ad uxorem, si pater eius eam requirit, reddat eam et cum 40 solidis eam componat. » — 2. « Si autem ipsa femina post illum virum mortua fuerit, antequam ille mundium apud patrem adquirat, solvat eam patri eius 400 solidis. » — « Et si filios aut filias genuit ante mundium, et omnes mortui fuerint, unicuique cum widrigildo suo componat patri feminæ. »

3. Not. ad leg. Al. Hloth. LV, 3.

cas de mariage sans consentement des parents, réclament toujours une amende, outre le prix du *mundium*. D'autres ont pensé que le chiffre de la dot indiqué dans un autre texte (1) pouvait être aussi celui de l'achat du *mundium* ; il en est ainsi si le droit des Alamans a suivi la même marche que le droit lombard, et si la dot n'y est, comme dans ce dernier, que le prix originaire du *mundium*, d'abord généralement abandonné à la femme par le vendeur, et finalement à elle attribué par disposition législative. Mais rien ne prouve la parité du développement. Et enfin, de ce que le droit saxon, par exemple, frappe d'une amende égale au prix, celui qui a enlevé la fille sans le consentement de ses parents (2), on n'en peut conclure à la même décision en droit alaman et y fixer comme l'amende en pareil cas, le prix du *mundium* à quarante sous (3). Le montant de la somme à payer par le prétendant demeure incertain (4).

La loi des Bavares indique incidemment, mais nettement (5) que, dans ce peuple aussi, le mariage se réalise normalement par *desponsatio* et *traditio* de la part des parents. Des amendes frappent celui qui a enlevé une

1. L. Alam. Hloth. LV, 3 : « Dotis enim legitima 40 solitis constat aut in auro aut in argento aut in mancipia aut quale habet ad dandum. »

2. L. Sax. 40, V. p. 86, note 1.

3. L. Alam. Hloth. LIV, 1. V. p. 86, note 2.

4. Cf. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 252.

5. L. Bajuv, VIII, 8 : « Si quis cum libera per consensu ipsius fornicaverit et nolet eam in conjugio sociare, cum 12 solidis componat, quia nondum sponsata, nec a parentibus sociata. »

femme par force et celui qui, ayant entretenu avec elle des relations sans le consentement de sa famille, refuse ensuite de l'épouser (1). Mais ce sont là tous les renseignements que fournit cette loi sur la matière. Il est donc téméraire de rechercher dans les dispositions de cette loi relatives à la dot (2) l'ancien prix du *mundium*. Mais les conséquences pécuniaires du défaut d'intervention des parents permettent de croire à son existence, sinon au temps même de la rédaction de la loi, du moins antérieurement.

Une disposition brève, mais précise de la loi des Frisons permet également de conclure que normalement le mariage y doit être précédé d'un contrat pécuniaire entre le futur mari et celui qui possède le *mundium* de la femme (3).

Dans le droit de la loi Salique, c'est bien aussi à celui qui doit fiancer la fille que doivent être destinés le sou et le denier que doit remettre le futur époux. Du reste, la modicité de la prestation ne permet d'y voir qu'un dédommagement ou un prix apparents ; c'est le souvenir visible d'une opération pécuniaire dont la matière a dis-

1. L. Bajuv, VIII, 6 : « Si quis virginem rapuerit contra ipsius voluntatem et parentum eius, cum 40 solidis conponat, et alios 40 cogatur in fisco. »

2. L. Bajuv, VIII, 14, 1 et 2.

3. L. Fris. IX, 11 : « Si liberam feminam extra voluntatem parentem eius vel eorum, qui potestatem eius habent, uxorem duxerit, conponat tutori ejus solidos 20, id est denarios 60. »

paru, et qui est devenue une simple cérémonie symbolique, comme il arrive si souvent en histoire (1).

Le droit burgonde indique nettement cette prestation à fournir par le prétendant à la famille de la femme, et comme les autres, frappe d'une amende celui qui ne se soumet pas à cette exigence (2), quarante-cinq sous si c'est un homme libre, quatre cent cinquante si c'est un noble. Mais l'attribution qu'il fait du wittemon, ainsi se nomme cette somme d'argent, au cas où la femme n'a plus ni père ni frères, est tout à fait particulière. L'oncle paternel en recueille un tiers, les sœurs un autre tiers, et la mère, le dernier tiers qui, à son défaut, reviendra encore aux sœurs (3). Mais sans chercher les causes de

1. Fredegar. Greg. Tur., epit. 48 : « Legati offerentes solidum et denarium, ut mos erat Francorum, eam partibus Chlodovei sponsant. » — En ce sens, Sohm, *Ueber die Entstehung der Lex Ribuarica*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, p. 417 et ss.

2. L. Burg. CI, 1 : Quicumque Burgondio alicuius optimatis aut mediocris sine ordinatione patris cum alicuius filia se copulaverit, iubemus ut tripla solutione optimatis ille qui fuerit, patri ipsi cuius filia se copulavit et eum antea scire non fecit nec concilium petiit, 150 solidos cogatur exsolvere. » — 2. « Leudis vero si hoc præsumpserit facere, similiter in tripla solutione, hoc est solidos 45 solvat et mulctæ nomine solidos 12 ». — L. LXXXVI, 2 : « De wittemon vero si demandaverit pater ut non quærat, demandatio eius non valeat, sed sicut lex alia expressit, proximus parens accipiat ita ut de eo quod acceperit, tertium solidum in ornamenta puella percipiat. »

3. L. Burg. LXVI, 1 : « Puella quæ marito traditur patrem et fratres non habens, nisi patruum et sorores, de wittimon tertiam partem patruus accipiat, et alteram tertiam sorores sibi noverint vindicandam. » — 2. « Si vero puella sine patre maritum accipit et fratres non habet, de wittimon tertiam partem mater

cette attribution, les termes dans lesquels elle est faite impliquent que normalement la somme revient au père ou au frère, sans doute comme possesseurs du *mundium*, et cela, dans cette loi romanisée, est german. Et il semble résulter aussi de l'expression *pretium quod de nuptiis eius inferendum est* (1) que la loi burgonde donne à cette opération le même caractère juridique de dédommagement ou de vente que les autres lois germaniques (2).

La loi des Visigoths, profondément influencée par le droit romain, ne peut offrir que de rares vestiges des vieilles conceptions germaniques. La femme y peut donner sa fille en mariage, et la veuve n'y a besoin du consentement de personne (3). Mais là encore il est pourtant question d'un *pretium*. Cette expression désigne la dot ; mais de ce qu'elle est ainsi nommée dans les sources, et encore *pretium donationis*, *pretium puellæ*, certains auteurs en ont conclu, comme on l'a déjà vu pour d'autres droits, qu'elle n'était autre que le prix du *mundium*, que celui auquel il vient d'être acheté donnait en dot à la femme.

accipiat et aliam tertiam proximiores parentes. » — 3. « Si mater non fuerit, tertiam illam sorores accipiant. »

1. L. Burg. XLII, 2.

2. *Contrà*, Rive, *Vormundschaft*, I, p. 254. — Sur cette expression, cf. aussi David-Oghlou, *Législation des anciens germains*, I, p. 430, note 1.

3. L. Visig. III, 4, c. 2 : « Si inter sponsam et sponsæ parentes, aut cum ipsa forsitan muliere, quæ in suo consistit arbitrio, dato pretio, et sicut consuetudo est, ante testes facto placito de futuro conjugio, aut cum parentibus ejus, quibus lex potestatem tribuit, facta fuerit definitio, etc. . . »

L'accord est loin d'être fait sur cette question (1). Mais même si l'assimilation était inexacte, l'absence de toute autre indication d'un prix à payer à celui qui donne la femme en mariage serait de peu d'importance au point de vue du droit germanique général : on sait combien peu la loi des Visigoths l'exprime.

Ce qui ressort de caractéristique de cette étude, c'est l'existence certaine dans la plupart de ces lois, et surtout dans celles où on est d'accord à reconnaître l'esprit germanique le mieux conservé, d'un contrat pécuniaire entre le prétendant et les parents de la femme, et l'emploi d'expressions qui mêlent le *mundium* à ce contrat. Quelle est donc la conception germanique à ce sujet, et la peut-on dégager des diverses lois étudiées ?

L'opinion générale a d'abord vu dans l'opération dont il s'agit une vente du *mundium* (2) et on en a proposé la démonstration suivante, qui réunit et groupe des textes significatifs, que nous avons relevés dans les différentes lois. En premier lieu, la somme d'argent se nomme du nom même du pouvoir, *mundium* en droit lombard (3) *mundr* dans les droits germaniques du Nord (4). Ensuite, tant que le mari n'a pas payé le prix fixé, malgré l'union de fait et la vie commune avec la femme, les parents

1. Dans le sens indiqué au texte, Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 307 ; Laboulaye, *Condition de la femme*, p. 113. — En sens contraire, Rive, *Vormundschaft*, I, p. 255.

2. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 300 et s.

3. Ll. Liutp. 14. Cf. p. 83, note 1.

4. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 423, 424.

conservent leur *mundium* sur cette dernière : certains textes le disent expressément pour quelques-uns des droits qui en découlent, le droit à sa succession (1), le droit à la composition à payer à son occasion (2). C'est donc sur eux que porte le contrat pécuniaire. Et enfin le contrat est qualifié de façon précise dans quelques-uns des textes que nous avons relevés. L'expression même s'est conservée dans la langue postérieure, puisqu'on disait encore au xv^e siècle en Allemagne : *weib kaufen*, acheter une femme (3).

Cette théorie rencontre pourtant des résistances (4). L'objection capitale vient de ce que ce n'est pas toujours le possesseur du *mundium* qui reçoit ce qu'on dit en être le prix d'achat, et que parfois il est au contraire perçu par des personnes de la famille qui non seulement n'exercent pas le *mundium*, mais même ne sont pas capables de l'exercer, soit, du reste, qu'elles recueillent l'argent seules, soit qu'elles le recueillent en concours avec d'autres. C'est par exemple le cas pour les sœurs dans la loi Burgonde (5), pour les *filii naturales* dans la loi Lombarde (6), pour la mère dans la loi Salique en cas de remariage de la veuve (7).

1. Edict. Roth. 187, 188. Cf. p. 82, note 2.

2. L. Alam. LIV, cf. p. 88, note 2.

3. Viollet. *Histoire du droit civil français*, p. 403.

4. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 258. — Heusler, *Institutionen*, II, p. 279.

5. L. Burg. LXVI, 1, 3.

6. Ed. Roth. 160-161.

7. Cap. I ad leg. Sal. c. 7.

Pour ces motifs, et parce qu'il conçoit d'une façon particulière, à laquelle nous avons plusieurs fois renvoyé, la formation du mariage dans les différentes lois barbares, Rive nie qu'il y ait un rapport entre la *desponsatio* et la transmission du *mundium*. Nous avons vu en particulier l'explication qu'il tente du prix payé en droit lombard au possesseur du *mundium* ; elle ne nous a pas paru satisfaisante. D'autre part, nous avons retrouvé des traces de contrat pécuniaire dans plusieurs lois où il se refuse à en apercevoir. Nous ne pouvons donc admettre sa conception de la *desponsatio* comme d'une intervention générale protectrice de la famille au mariage d'une des femmes qui la composent. Et ainsi ce premier système ne résout pas les objections.

On a depuis proposé l'explication suivante (1). Le prix n'est autre chose que l'ancienne composition de la femme, telle qu'en cas de meurtre elle devait être payée à la famille toute entière. Le rapt, à l'origine, produisait le même effet, l'obligation de fournir une satisfaction à la famille, moyennant quoi, du reste, le mariage était valable. Le progrès a consisté à substituer à cette satisfaction fournie après le rapt consommé, une satisfaction contractuelle avant d'emmener la femme. On s'explique ainsi comment, de bonne heure, cette somme a été attribuée en dot à la femme elle-même (2) ; on ne comprendrait pas que si le prix a eu d'abord pour but

1. Heusler, *Institutionen*, II, p. 280.

2. Sur cette attribution Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 774.

la décharge du *mundium*, il n'ait pas conservé ce caractère dans des lois, où cette puissance est cependant encore rigoureuse. Mais en même temps, et tout naturellement avec cette remise volontaire de la femme, le sens originaire de la prestation s'est perdu. Et si quelques lois, comme la loi lombarde, désignent expressément la somme d'argent comme payée pour l'acquisition du *mundium*, il n'y faut voir sans doute qu'un essai pour expliquer de manière satisfaisante une prestation, dont le motif originaire a disparu, et dont on ne comprend plus le sens. Et ainsi se justifient encore de la façon la plus naturelle les lois qui, tout en punissant le rapt, ce qui est une décision nouvelle, estiment qu'il est cependant un fondement suffisant pour le mariage.

Certes la théorie est ingénieuse et rend compte de quelques points délicats. Mais l'explication ne nous semble pas décisive. Supposer, car telle est l'idée qui en est la base, que le premier stade, au moins relativement, des relations de l'homme et de la femme, soit nécessairement le mariage par rapt, auquel succède plus tard le mariage par vente, c'est enchaîner les institutions avec une logique que, d'ordinaire, elles ne comportent pas. Sans doute le mariage par rapt et le mariage par vente ont existé; mais il n'est pas probable, et, en tous cas, il n'est pas démontré qu'ils se soient si mathématiquement substitués l'un à l'autre et que l'idée de la vente, pourtant bien naturelle alors que les pouvoirs sur les personnes sont singulièrement voisins des pouvoirs sur

les choses, ne soit qu'un dérivé et une modification du rapt. M. Heusler lui-même est mieux avisé quand, quelques pages plus haut (1), rapprochant le passage célèbre où Tacite (2) décrit le mariage germain avec ses présents réciproques, symboles d'une union indissoluble dans la joie et la douleur, du fait que, des siècles plus tard, d'après des monuments juridiques, le rapt et l'enlèvement fonderont encore des mariages, et se demandant si l'historien romain n'a pas tendancieusement déguisé la vérité, il répond très judicieusement que les deux modes ne s'excluent pas : le prétendant fait d'abord une demande paisible, mais s'il est repoussé, il enlève celle qu'il aime. Qui prouve qu'il n'en était pas ainsi dans le très ancien droit germanique ? Puis n'est-ce pas une conception étrange et bien artificielle que celle d'une satisfaction avant le délit, et encore une fois, la notion de vente, même portant sur la femme, demande-t-elle une filiation si compliquée ? Et enfin la perte du sens de cette conception, en un temps où le rapt, qui en est l'origine, se pratique pourtant toujours, n'est évidemment qu'une hypothèse et d'autant plus invraisemblable que dans plusieurs lois, les deux choses existent encore, et qu'après avoir exigé une composition pour l'enlèvement, la même disposition prescrit d'acquérir ensuite le *mundium* (3).

1. Heusler, *Institutionen*, t. II, p. 277.

2. Tacite, *Germanie*, c. 18.

3. L. Sax. 49. — Edict. Roth. 187.

Au surplus, sur toutes ces questions qui touchent à la préhistoire, il est plus facile de montrer les côtés faibles des divers systèmes que d'en construire un absolument satisfaisant. Et, du reste, c'est peine perdue de chercher dans un temps où il n'y a pas de science juridique, et à travers des lois qui sont souvent des décisions d'espèce, une conception rigoureusement systématique et cohérente de la transmission du *mundium*, qui n'a sans doute jamais existé. Mais s'il est impossible de rendre des détails mêmes des institutions un compte suffisant, on peut du moins et c'est ce qui légitime ces recherches, saisir les conceptions générales.

Or en cette matière, et c'est encore le reconnaître, que d'en chercher comme M. Heusler une explication compliquée, la conception générale certaine d'une grande partie des lois barbares, c'est celle de vente, et puisque elles-mêmes le disent, il est bien difficile de le contester. Et cela ne nous semble même pas une conception dérivée : c'est la conséquence naturelle des pouvoirs étendus que les hommes de la famille, en état de porter les armes, possèdent sur ses autres membres. Mais si, comme nous allons le montrer, ce qu'on peut appeler le contenu moral de cette opération juridique de vente a varié jusqu'à n'être plus qu'un mode formaliste de réaliser le mariage avec le concours de la famille, on comprend qu'on ne soit plus préoccupé, dans le partage de la prestation pécuniaire qui subsiste, de l'ancienne attribution du *mundium*. Même dans le système d'Heusler, il faut toujours en ve-

nir là, puisqu'il admet qu'à un moment donné on en est arrivé, par quels détours il n'importe, à la conception de vente, et qu'il reste toujours à expliquer comment ceux qui sont sans droits sur la femme, objet de la vente, participent au partage du prix.

Mais il est nécessaire d'entrer plus à fond dans l'étude de cette vente, et s'il est manifeste, en droit lombard par exemple, qu'il ne s'agit que de la vente du *mundium*, non indispensable du reste pour la formation du mariage, d'examiner si cette conception exprime le droit germanique général, si d'autre part, elle n'est pas peut-être une conception dérivée, le résultat d'un progrès lent et continu, enfin si sous la forme juridique de vente n'a pas fini par se conclure un contrat d'une nature toute particulière.

Sur les deux premiers points, dont il est nécessaire de joindre l'étude, il semble bien que le droit lombard exprime en effet un progrès, en parlant de l'acquisition du *mundium* et en en faisant l'objet du contrat pécuniaire conclu entre le prétendant et celui des parents de la femme qui exerce cette puissance sur elle. Dans la conception germanique antérieure, c'est de l'achat de la femme elle-même qu'il paraît s'être agi. On n'admet pas en général cette distinction entre les deux objets possibles du contrat. « Rien ne justifie cette subtilité », écrit M. Viollet (1), et d'autres pensent qu'il n'y a aucun intérêt à distinguer la transmission du droit de la transmission de la femme

1. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 403.

sur qui ce droit s'exerce. Mais il y aurait, tout au moins, l'intérêt de constater comment se forment les idées juridiques, et que, comme il est naturel, l'idée de l'aliénation d'une chose précède la notion abstraite d'aliénation des droits sur cette chose. Il y a plus encore ici si, comme nous le pensons, le contenu des deux opérations diffère, et si, tandis que dans l'ancienne vente de la femme, il s'agissait d'une sorte de transport de propriété, il n'est plus guère question à la fin dans la cession du *mundium*, telle que la présente le droit lombard, que d'une cession de droits pécuniaires, la situation juridique de la femme ayant crû tandis que les pouvoirs du père ou du tuteur diminuaient. Sur quoi il faut, du reste, remarquer deux choses. D'abord que le droit lombard n'est ici qu'un exemple, que le développement n'a pu être identique dans les différentes peuplades, et que la transmission du *mundium* même a dû comprendre d'abord des droits plus étendus. En second lieu que si, au temps des *Leges*, il n'y a plus de véritable achat de la femme, la langue a cependant encore conservé les souvenirs de cette ancienne conception et parle encore de *puella emptā*, quoique la réalité juridique soit autre : ce sont, du reste, ces traces d'une idée disparue qui légitiment notre distinction.

Mais il suffit de l'avoir indiquée et c'est de la conception de vente du *mundium* que nous partirons maintenant, pour étudier les modifications successives qui se produisent dans ce contrat, et qui répondent aux progrès de la situation juridique de la femme.

Le premier progrès est réalisé par la fixation législative du prix, ou du moins de son maximum, que nous rencontrons chez un certain nombre de peuples. Originairement, le prix était le véritable équivalent de la femme et suivant les cas, il était plus bas ou plus élevé (1). Il resta tel tant qu'on ne vit dans la femme qu'une chose, au point de vue juridique. Quand la conception devint plus humaine, la femme fût soustraite à ces marchandages (2). Mais comment et pourquoi ce progrès se réalisa-t-il sous la forme de la fixation d'un prix général, ou d'un maximum de prix? Deux explications différentes en peuvent être données. D'après M. Sohm (3), on a pensé qu'il s'agissait là d'un objet inappréciable, dont la valeur ne pouvait être abandonnée à la discussion des contractants, mais devait être fixée par la loi. Comme son *wergeld*, le *pretium puellæ* fût donc déterminé d'après son état, *secundum genealogiam suam* (4). Les deux choses sont semblables, car en droit germanique, la composition n'est pas une peine, mais un dédommagement pour la perte ou la lésion de biens également inappréciables, le corps et la vie, la liberté et l'honneur. C'est pourquoi, comme le prix de la composition, le prix de la femme fût fixé, 62 sous 1/2 chez les Francs Saliens, 50 chez les Ripuaires, 40 chez les Alamans, etc. Cette fixité, que pos-

1. Cf. Davoud-Oghlou, *Législation des Germains*, t. I, p. XL.

2. Cf. Habicht, *Die Altdeutsche Verlobung*, p. 12.

3. *Das Recht der Ekeschliessung*, p. 23.

4. Cf. Sohm, *Ueber die Entstehung der Lex Ribuaria*, p. 420, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. V.

sède dorénavant le prix, exprime le caractère idéal et moral de cette affaire juridique et son contenu intime. Elle montre que cette vente qu'on avait pu auparavant croire vraiment telle, n'est plus que la forme du contrat de *desponsatio* (1).

Mais c'est à tort, croyons-nous, qu'on fait honneur aux Germains de cette conception délicatement progressive de l'inappréciabilité de la valeur de la femme, et la fixation législative d'un prix ne manifeste rien de pareil. Et pour prendre d'abord le rapprochement avec la composition, il semble bien que ce qu'on dit de cette dernière soit inexact. Ce n'est pas parce qu'il s'agit de biens inappréiables que les lois fixent le *quantum* de la composition à payer pour leur lésion, d'autant qu'en certaines matières, et s'il s'agit par exemple, comme cela se retrouve dans de nombreuses dispositions, de meurtre ou de vol d'un animal, le dommage causé n'a rien d'inappréiable. Mais c'est qu'elles ne pouvaient procéder autrement, et, étant donné le but qu'elles se proposaient, il serait inconcevable qu'elles l'eussent fait. Car s'agissant de remplacer la guerre privée par des compositions, si la loi avait omis de fixer le *quantum* de ces dernières, la victime d'un dommage ou sa famille aurait pu toujours, si elle l'avait voulu, rendre par l'élévation de ses prétentions, toute paix impossible. Et si l'on en vient maintenant à

1. Dans le même sens que Sohm, et ne faisant, du reste, que le résumer, Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, p. 579.

l'objet principal de la discussion, la fixation du prix du *mundium* sur la femme, on en peut donner une très simple explication. C'est qu'on commence à se préoccuper des intérêts de la femme elle-même, et que, comme celui qui a sur elle le *mundium* peut refuser de la marier, on veut que ce ne soit pas du moins par avarice et dans l'espoir d'en obtenir plus tard un prix plus élevé (1). Cette deuxième idée nous paraît expliquer beaucoup plus naturellement comment le premier progrès dans la situation juridique de la femme se marque par la fixation législative de son prix d'achat.

Un deuxième progrès se réalise par l'attribution à la femme elle-même du prix du *mundium*. Alors que celui qui possédait jusque-là le *mundium* recevait encore le prix, il pouvait naturellement, s'il le voulait, l'abandonner à la femme, qui déjà était devenue sujet de droit. Mais lorsque le paiement du prix eût été reporté du moment de la *desponsatio* à celui de la *traditio*, il semble que la femme ait eu un véritable droit sur ce prix. Plus tard même, il lui fût payé directement, le père ou tuteur ne recevant plus au moment de la *desponsatio* qu'un prix symbolique, qui joue le rôle d'arrhes (*Handgeld*) et marque la conclusion du contrat (2). C'est le point où en sont en général les *Leges*.

1. Dans le même sens, Habicht, *Altdeutsche Verlobung*, p. 43.

2. Sohm, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 33. — Même auteur, *Ueber die Entstehung der Lex Ribuaria*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, p. 419, t. V. — Habicht, *Altdeutsche verlobung*, p. 43.

Telle est, au moins, la théorie soutenue sur ce point par plusieurs auteurs. Nous l'avons déjà rencontrée dans le bref examen que nous avons consacré à chacune des lois barbares en particulier. Il n'est pas inutile d'y revenir ici pour la justifier d'une manière, que peut-être ses auteurs n'accepteraient pas. Elle doit être admise par le motif que, d'après les sources germaniques, les biens provenant à la femme de son mari ne peuvent venir, que de cette attribution du prix de vente ou du *Morgengabe*, et que dans quelques lois, et notamment dans les lois salique, ripuaire et visigothique, la *dos*, c'est-à-dire les biens que la femme a reçus du mari, est nettement distincte du *Morgengabe*.

Car, si l'on étudie d'abord Tacite, on s'en rendra facilement compte pour l'ancien droit germanique dont il nous présente le tableau. Qu'est-ce que ce don fait par le mari à la femme en présence des parents (1) ?

1. Tacite, *Germanie*, c. 18 : « Dotem non uxor marito, sed maritus uxori offert. Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant, munera non ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur, sed boves, et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. In hæc munera uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert. Hoc maximum vinculum, hoc arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur. Ne se mulier extra virtutum cogitationes extraque bellorum casus putet ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur, venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in prælio passuram ausuramque. Hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data denuntiant; sic vivendum, sic pereundum : accipere se, quæ liberis inviolata ac digna reddat, quæ nurus accipiant rursus, quæ ad nepotes referantur. »

Kraut (1) pense que c'est le prix de vente, qui reste à celui des parents qui préside à la *desponsatio*. Mais cela est inadmissible en raison des expressions mêmes employées par Tacite, qui indique la remise des présents à la femme, le sens symbolique de cette remise, la nécessité enfin où est la femme de les conserver pour les remettre plus tard à ses enfants. Il est plus vraisemblable qu'il s'agit là du *Morgengabe* (2), c'est-à-dire du don fait à la femme par le mari après la première nuit du mariage. Les expressions concordent en effet parfaitement. Les deux parties y sont désignées sous le nom de *maritus* et d'*uxor*, la femme y est appelée *nova nupta*. Ce sont ces présents qui manifestent l'intention du mari d'accepter la femme pour épouse : *in hæc munera uxor accipitur* : mais c'est que s'il ne l'avait pas trouvée vierge, il avait le droit de la renvoyer. Qu'on compare la loi anglo-saxonne qui avait conservé les traditions germaniques sur ce point (3). Tout ceci semble bien indiquer qu'il s'agit là du *Morgengabe* et il est assez naturel que chez ces barbares, ce soit sous cette forme de récompense à la femme pour le don de sa virginité et plutôt sous l'empire de la passion que dans un but préconçu que des biens aient été d'abord donnés à la femme. C'est être en avance sur la marche réelle du droit germanique, que de penser que

1. *Vormundschaft*, t. I, p. 172.

2. Gaupp, *Recht der alten Sachsen*, p. 189.

3. Cf. Davoud-Oghlou, *Législation des Germains*. I, p. XLII.

c'est déjà le prix de l'ancienne vente qui est ici remis à la fiancée elle-même (1).

Mais puisque déjà, au temps de Tacite, le *Morgengabe*, qui devait sans doute être d'une certaine importance pour obtenir l'agrément mentionné des parents de la femme, pouvait suffire à assurer à celle-ci, en cas de veuvage, la situation que toute donation du mari a pour but d'assurer, comment concevoir que ce soit encore du mari que vienne directement et dans le même but la *dos* des lois barbares, dans celles de ces lois où ce mot ne désigne pas le *Morgengabe* ? Ce double emploi, cette dualité d'apports qui finiront du reste par se confondre, s'explique facilement au contraire, s'ils jouent à l'origine des rôles absolument différents et si la *dos* n'est que le prix de vente dont l'attribution a changé. Ce sont là les deux seules origines de la dot en droit germanique (2). Si, comme nous l'avons dit, dans les lois salique, ripuaire et visigothique, la *dos* est l'ancien prix de vente, elle désigne très probablement le *Morgengabe* dans les lois des Burgondes, des Saxons et des Anglo-Saxons, et peut-être aussi dans les lois des Bavares et des Alamans, quoique, pour ces dernières, ce soit très obscur (3).

Ce sera un autre progrès encore d'interdire au tuteur de la femme de céder son *mundium* sur elle sans son con-

1. En ce sens pourtant, Gide, édit. Esmein, *Condition privée de la femme*, p. 205. — Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 774

2. Viollet, *loc. cit.*

3. Gaupp, *Recht der alten Sachsen*.

sentement. Il devait être rappelé ici. Mais l'étude en a déjà été faite à propos des droits du père et du tuteur (1).

Et enfin un moment arrive, et ce sera la dernière manifestation des vieilles formes prêtes à disparaître, où sous le couvert de l'aliénation apparente avec un prix fictif symbolique, il n'y a plus que l'engagement des parents de remettre la femme au mari au temps fixé, et l'engagement correspondant de celui-ci de la recevoir, de la traiter comme sa femme et de remplir vis-à-vis d'elle ses devoirs d'époux (2). Alors il n'y a plus vraiment de transmission du *mundium*. Le *mundium* marital, et considérablement atténué, naît du mariage même.

Dans le mariage germanique normal, qui comporte une *desponsatio* et une *traditio*, duquel des deux faits date la transmission ou la naissance du *mundium* du mari ? C'est incontestablement de la *traditio*. Ceux-là mêmes qui estiment, comme M. Sohm, que le mariage existe dès la *desponsatio* (3) reconnaissent que ses effets positifs ne se produisent que par-la remise de la femme. Et en effet, jusque-là, la composition pour les délits commis contre la fille, son enlèvement par exemple (4), continue d'être

1. Cf. p. 48 et p. 74.

2. Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, p. 579.

3. Sur cette théorie qui, lors de son apparition, a provoqué une vive polémique, voir Sohm, *Des Recht der Eheschliessung*. — Même auteur, *Trauung und Verlobung*. — En sens contraire, Lœning, *Trauung und Verlobung*, et Habicht, *Altdeutsche Verlobung*, réfutation claire et courte.

4. L. Sax. 49, L. Alam. LII. 1. Edict. Roth. 190-191.

payée au père (1), parce qu'il a toujours le *mundium*. Si le fiancé a droit, lui aussi, à une composition en ce cas, si d'autre part des peines frappent la fiancée infidèle, c'est que le droit du premier à recevoir par la *traditio* la fiancée vierge est ainsi lésé, mais ce n'est nullement son *mundium*, qui n'est pas encore né. Qu'il n'est pas contemporain de la *desponsatio*, ce ne sont du reste pas seulement des inductions qui le prouvent, mais des textes formels du droit lombard (2).

Tel est le rôle joué par l'acquisition du *mundium* dans le mariage germain réalisé par l'accord du prétendant et des parents de la femme. Il reste à se demander si cette transmission contractuelle du *mundium* est indispensable pour fonder un mariage légitime, et à juger avec ce criterium la nature des rapports entre le ravisseur et la femme enlevée, dans celles des lois barbares, où nous avons vu que celui-ci est bien frappé d'une amende, mais non obligé de restituer la femme.

Or, dans ces *Leges*, qui sont en grande majorité, puisqu'il n'en faut excepter que la loi des Alamans, il semble bien qu'un mariage légitime existe même sans achat préalable du *mundium*. Telle paraît être d'abord la décision

1. Sohm, *Träuung und Verlobung*, p. 11 et 12.

2. Edict. Roth. 178 : « Si quis sponsaverit puellam liberam... et post sponsalias factas et fabola firmata duo annis neglexerit eam tollere... potestatem habeat... qui mundium eius potestatem habet, distingere fideiussorem, etc. » — Edict. Roth. 183 : « Si quis pro muliere... Et ipsa per mano simili modo retradatur, sicut priori marito tradita fuit. Nam aliter sine traditione nulla rerum dicimus subsistere firmitatem. »

du droit lombard (1). Quand l'union a été conclue sans *mundium*, il n'exige pas la séparation de l'homme et de la femme, comme lorsqu'il s'agit de mariage défendu (2) et tandis qu'en ce second cas, il désigne les deux parties sous les noms de *vir* et *mulier*, c'est *uxor* et *maritus* qu'il les nomme dans le premier. Et très claire aussi est la décision de Liutprand (3) qui attribue au mari, dans un mariage sans *mundium*, la poursuite de la composition pour adultère avec sa femme, ce qui est difficilement explicable si un tel mariage n'est pas reconnu comme légitime. Les lois qui, comme celle des Frisons (4) et des Saxons (5) parlent d'*uxorem ducere* sans le consentement des parents autorisent la même conclusion. Enfin sans qu'aucun terme formel l'y exprime, cette conception paraît aussi celle des droits Thuringien (6), Burgonde (7) et Visigothique (8).

1. Edict. Roth. 187, 188, 214.

2. Edict. Roth. 185, Liutp. 12.

3. Ll. Luitp. 139: « Si haldius cuiuscumque haldiam . . . suscipiat sicut est lex . . . Hoc autem ideo prospeximus de uxore de servove aldione, quia si de libero hominem quispiam miser homo mulierem adulterat, ad maritum eius conponit, ut etiam non habeat eam mundiatam, nam non ad parentes. » — Cf. Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, p. 24 et surtout p. 28, où il démontre combien il est difficile d'admettre avec Rosin, *Die Formvorschriften für die Veräusserungsgeschäfte der Frauen im Longobarden Recht* que cette décision de Liutprand est de droit nouveau et qu'il en était autrement au temps de Rotharis.

4. L. Fris. IX, 11.

5. L. Sax. 40.

6. L. Angl. et Werin. 47.

7. L. Burg. CI.

8. L. Visig. III, 2, 8.

Comment cela s'explique-t-il ? Et de la loi qui exige la restitution de la femme et de celles qui ne l'exigent pas, lesquelles marquent le premier état du droit germanique ?

On a pensé (1) que ces lois qui admettent un mariage légitime sans achat préalable du *mundium* marquaient un progrès, et que la décision nouvelle qu'elles prenaient était en faveur de la femme. La volonté de celle-ci serait devenue tellement prépondérante en matière de mariage que celui qui exerce le *mundium* sur elle serait forcé de céder cette puissance à l'homme qu'elle aurait choisi, contre paiement du prix d'achat et de l'amende due pour violation du *mundium*. Ce serait une *desponsatio* forcée, une vente forcée du *mundium*, imposée par la loi à celui qui le possédait jusque-là. Le ravisseur n'aurait qu'à payer le prix fixé, et de ce jour dateraient son mariage et son *mundium* marital. Il semble donc, quoique l'auteur ne l'ajoute pas, que, d'après cette théorie, l'état primitif du droit germanique ait été l'invalidité du mariage conclu sans *desponsatio* préalable, et le droit général pour le père ou tuteur de la femme, de réclamer en ce cas sa restitution. Le mariage primitif germanique serait le mariage avec transmission préalable du *mundium*.

Mais cette explication présente de sérieuses difficultés. Et en voici notamment deux tirées du droit lombard, dont la richesse en dispositions permet mieux la

1. Habicht, *Altdeutsche Verlobung*, p. 25.

discussion (1). C'est d'abord que dans ce droit, il semble qu'en payant les sommes prescrites le ravisseur soit autorisé à garder, non seulement la femme enlevée malgré ses parents, mais même la femme enlevée malgré elle *violento nomine* : l'amende sera seulement plus forte en ce cas. Mais alors ce n'est donc pas une disposition nouvelle pour permettre à la femme de se marier avec l'homme de son choix. Et en second lieu, si le ravisseur n'achète pas ensuite le *mundium*, la sanction n'en est pas la rupture du mariage et l'obligation de restituer la femme, mais seulement de nouvelles peines pécuniaires. Il résulte de ces deux textes qu'il existe en droit lombard un mariage sans *mundium* à côté du mariage avec transmission préalable du *mundium*, et que le premier n'est pas une nouveauté introduite en faveur de la femme.

Les autres motifs qu'on a invoqués pour soutenir que la reconnaissance comme mariages légitimes de ces unions illégales était une innovation ne sont pas plus satisfaisants. Penser que le progrès a consisté ici à reconnaître une valeur juridique aux états de fait, et à fonder ainsi le mariage dans les cas que nous discutons sur le fait de la communauté de vie (2), ce n'est qu'une vue théorique que rien ne justifie : il semble bien au contraire que la reconnaissance des états de fait soit plutôt un caractère du droit primitif. On ne peut davantage admettre

1. Edict. Roth. 187. 188.

2. Sohm, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 51.

qu'il y ait eu là une réaction contre l'Église (1). L'édit lombard, à propos duquel on a émis cette idée, n'en contient aucune preuve. Et l'institution existe dans des droits dont le développement a été soustrait à l'influence ecclésiastique (2).

Il est donc des plus vraisemblables que l'ancien droit germanique reconnaissait les unions conclues sans achat préalable de la femme ou du *mundium* sur elle. Les lois barbares qui exigent la restitution de la femme enlevée sans le consentement de ses parents, marquent un état de droit nouveau. Elles inaugurent la lutte contre la violence en cette matière.

Mais quel est au juste et comment s'explique l'état ancien du droit germanique, qui reconnaît le mariage sans *mundium*? On en peut, pensons-nous, proposer l'explication suivante.

Dans cette période qui est antérieure à celle des *Leges*, car celles-ci commenceront déjà à réagir, la conception de *mundium* n'est pas encore dégagée. Lorsque le prétendant et les parents de la femme concluent un contrat préalable au mariage, il s'y agit de vente de la femme, ou tout au moins de la vente d'un droit sur elle, qui n'est pas juridiquement distinct du droit de propriété sur les esclaves et les choses. Mais de même, au cas de rapt, le fait de s'emparer de la femme fonde, lui aussi, sur elle un

1. Bluhme, *Mundschaft*, p. 381. — Rosin, *Die Formvorschriften für die Veräußerungsgeschäfte der Frauen im Longobarden Recht*.

2. L. Sal. XIII, 10. — Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, p. 29.

droit de même nature, le droit général et dont nous ignorons le nom, que l'esprit juridique simpliste de ce temps reconnaît à tout individu assez fort physiquement et surtout par ses armes, sur les choses, vivantes ou inanimées, dont il a pris possession. Et les conséquences seront les mêmes que celles du vol d'une chose. C'est la guerre privée et, plus tard, une réparation pécuniaire. Mais cette réparation dont, dans une première période, le chiffre est laissé à la discussion des parties en lutte, comprendra normalement le prix de la femme, la conclusion de la paix ne se concevant guère que si le ravisseur n'est pas obligé de rendre la femme. Et il ne semble pas que, si le prix est suffisant, ses parents aient quelque motif d'en exiger la restitution, puisque normalement, ils en disposent comme d'une chose.

Sur cet état probable du droit primitif, les *Leges* marquent un progrès. Elles n'admettent en règle qu'un mariage, celui qui se conclut par *desponsatio* et *traditio*, et avec achat préalable de cette puissance sur les personnes, qui est à présent dégagée et qu'on nomme *mundium*. Dans le prix à payer par le ravisseur, qu'elles fixent, elles distinguent deux éléments, la composition, pour l'acte violent qu'il a commis, et le prix d'achat du *mundium* sur la femme, qui doit être payé dans tout mariage normal. Mais, en général, comme ce sont des lois de transition, elles laissent subsister le mariage, même si on leur désobéit et frappent seulement de peines pécuniaires le ravisseur qui n'acquiert pas le *mundium*. La loi

des Alamans seule va plus loin et permet au père d'exiger la restitution de sa fille enlevée.

Ce qui, en somme, paraît ressortir de cette étude délicate, c'est qu'il faut expliquer le passage de l'état antérieur à l'état marqué par les *Leges* par des progrès et dans la réalité et dans les conceptions juridiques. Dans la réalité, puisqu'il y a lutte contre le rapt. Dans les conceptions juridiques, puisqu'il semble bien qu'on a systématisé la conception du *mundium*. Si, anciennement déjà, le pouvoir sur les personnes se nommait ainsi, il résultait aussi bien que de la vente de la femme, de son appropriation violente, pour laquelle seulement une amende était due. Il y a maintenant une conception juridique logique, qui exige que le *mundium* soit acheté à son possesseur antérieur : s'il ne l'est pas, un certain nombre des droits au moins restent à ce possesseur, dans les *Leges* où la réforme est timide, et il les garde tous garantis, par le droit de revendication, dans la loi des Alamans qui ne s'arrête pas aux demi-mesures.

Et què tel ait été le développement en ce qui concerne le rapt d'une jeune fille ou d'une veuve, c'est ce que confirme le développement parallèle en cas d'enlèvement d'une femme mariée. Le texte essentiel en cette matière est le numéro 1 du titre LI de la loi des Alamans (1). Si

1. L. Alam. LI, 1 : « Si quis liber uxorem alterius contra legem tulerit, reddat eam et cum octuaginta solidis componat : Si autem reddere noluerit, apud 400 solidis componat eam et hoc si maritus prior voluerit. etc. »

on compare ce texte avec la loi LII relative à l'enlèvement d'une jeune fille fiancée à un autre (1), et avec lequel il est en contradiction, on se convaincra que les mots : *et hoc si maritus prior voluerit*, sont une addition d'origine postérieure (2) et que la femme enlevée à son premier mari devenait bien originairement l'épouse légitime de son ravisseur (3), sans qu'on pût lui réclamer autre chose qu'une composition. C'est du reste encore le point de vue en droit anglo-saxon de la loi bien connue d'Æthelbirt (4), qui prescrit à celui qui a commis un adultère avec la femme de quelqu'un, d'en acheter une autre à ce dernier. Ce dont semble bien découler une conception singulièrement brutale du mariage, comme d'une relation où toute femme en vaut une autre, la personnalité restant au deuxième plan, et où on s'engage non par amour ou pour des motifs moraux, mais parce qu'il est alors admis que tout homme doit avoir une femme (5). Et c'est aussi sans doute un premier progrès, antérieur à la mention dans la loi LI de l'adhésion du mari, qui oblige le ravisseur à lui payer le *wergeld* des enfants qu'il aura eus de la femme, s'ils viennent à mou-

1. L. Alam. LII, 1 : « Si quis sponsatam alterius contra legem acciperit, reddat eam et cum 200 solidis componat. 2 Si autem reddere noluerit, solvat eam cum 400 solidis, aut si mortua fuerit post eum. »

2. Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, p. 36.

3. « Si autem ille raptor qui eam accepit sibi uxorem », continue le titre LI, 1.

4. L. 31, Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, p. 5.

5. Sohm, *Trauung und Verlobung*, p. 30.

rir avant qu'il n'ait payé le prix de celle-ci. C'est une analyse juridique, mise au service de la lutte contre la violence, et d'où il résulte que le *mundium* sur les enfants, qui découle de celui sur la mère, reste au premier mari tant que le second ne lui a pas acheté le *mundium* sur cette dernière. La nécessité du consentement du premier mari et son droit de revendication, s'il ne consent pas, marquent un second progrès.

Le dernier progrès, qui est déjà réalisé dans quelques *Leges* consistera, nous l'avons déjà dit, mais nous le reprenons ici à un point de vue différent, à ne plus voir dans la *desponsatio* une vente du *mundium*. Alors, au point de vue juridique, ce n'est plus le *mundium* du père qui est cédé au mari, mais un *mundium* nouveau et propre au mari qui naît du mariage (1). Et cela permettra dans la suite la différenciation juridique et doctrinale de ces puissances autrefois confondues.

1. Cf. dans le droit lombard la formule : *ut mittas eam sub mundio*. Form. ad Edict. Roth. 195.

CHAPITRE VI

LE « MUNDIUM » DU MARI (*Suite*)

Des pouvoirs que, sans réserve peut-être dans une période antérieure, sous réserve de l'acquisition du *mundium* au temps des *Leges*, le droit germanique accorde au mari durant le mariage, les uns, concernent la personne de la femme, les autres, ses biens.

I

Si l'on veut avoir une idée générale de la situation de la femme vis-à-vis de son mari en droit germanique, il suffit de rapprocher les deux textes de la loi lombarde qui punissent également de mort la femme qui a tué son mari et l'esclave qui a tué son maître (1), tandis que pour le meurtre de sa femme, le mari encourt seulement la composition que doit tout homme libre qui en a tué un autre (2) : l'étendue et l'unilatéralité des droits du mari en ressortent clairement.

1. Edict. Roth. 13 : « Si quis dominum suum occiderit, ipse occidatur. » — Edict. Roth. 203 : « Si mulier maritum suum occiderit, ipsa occidatur. » Cf. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 296.

2. Edict. Roth. 200.

Si l'on précise ces droits du mari, il semble d'abord qu'il faille en écarter le droit de vie et de mort sans restriction qu'on lui a parfois attribué (1) et qu'il paraît bien ne jamais avoir possédé aux temps historiques. Les lois barbares ne le lui accordent guère qu'au cas d'adultère de la femme. Et dans ce cas même, on ne peut affirmer que ce soit un legs du vieux droit germanique. Si l'on en croit Tacite, la femme adultère, les cheveux coupés et dépouillée de ses vêtements, était chassée de sa maison par le mari, frappée et poursuivie à travers le village (2). Mais il n'est pas question de mort. Comme nous venons de le dire, ce droit de mort se trouve, au contraire, plusieurs siècles après, dans certaines lois barbares. Il est bien évidemment impliqué dans cette faculté accordée au mari par la loi des Visigoths (3) de faire ce qu'il voudra de la femme adultère et de son complice, au moins lorsque l'adultère est flagrant. Le droit lombard, après avoir indiqué la peine dont il frappe le mari qui a tué sa femme, alors qu'elle ne le méritait pas (4), vise immédiatement, comme cas légitimant cette

1. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 450.

2. Tacite, *Germanie*, c. 19 : « Paucissima adulteria, quorum pœna præsens et maritis permissa; accisis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verbere agit. »

3. L. Visig. l. III, t. 4, c. 1 et 3 : « Si mulieris adulterium manifeste patuerit, adulter et adultera... ipsi (marito) tradantur : ut quod de eis facere voluerit, in ejus proprio consistat arbitrio. »

4. Edict Roth. 200 : « Si maritus uxorem suam occiderit immerentem, quod per legem non sit merita mori, componat solidos

punition dans la formule jointe à ce numéro de l'édit, le cas d'adultère (1). On ne relève qu'un autre cas, dans le droit lombard du temps de Rhotaris, où le mari paraisse être en droit de tuer sa femme ; c'est celui où elle a complété sa mort (2). Ces deux cas sont le commentaire du passage bien connu du droit lombard, d'après lequel le mari ne peut tuer sa femme suivant son bon plaisir, mais seulement pour des raisons déterminées (3). Ce n'est que par une conjecture qu'on en peut induire *a contrario* de ce dernier texte, pour le droit lombard et surtout pour le droit germanique général, un droit très ancien et très étendu de vie et de mort, que les mœurs auraient accordé au mari.

Le droit de vendre la femme appartient au mari d'abord à titre de correction : c'est ainsi que la loi lombarde le lui attribue, sans aucun doute, comme le droit de mort, dans les passages déjà relevés où, pour certaines fautes graves de la femme, il permet au mari *de ea facere quod voluerit* (4). Le mari peut encore vendre sa femme, en cas de nécessité, et comme le dernier bien de son patrimoine. Mais ce cas semble déjà plus archaïque : il est mentionné

mille duocentûs, medietatem illius parentibus qui eam ad maritum dederunt et mundium suscipiunt, et medietatem Regi. »

1. Formula ad edict. Roth. 200 : « Si dixerit, quod invenisset eam fornicantem, aut probet, secundum quosdam; aut emendat. »

2. Edict. Roch. 202.

3. Form. ad edict. Roth. 201 : « Non licet eam interficere ad suum libitum, sed rationabiliter. »

4. Joindre L. Liutp. 126.

par Tacite pour les Frisons hors d'état de payer autrement le tribut que Rome leur avait imposé (1). Enfin la loi des Alamans (2) a gardé des traces de la vente de la femme par son premier mari à un autre homme, qui désire l'épouser. Faut-il généraliser, et en partant de l'achat du *mundium* du mari, dire que, tout ce qui a été acheté pouvant en général être vendu, on ne voit pas pourquoi la femme serait hors du commerce et pourquoi le mari n'aurait pas le droit de la vendre (3), raisonnement qui semble bien conduire à accorder au mari un droit de vente très général ? Nous ne le pensons pas. Ce droit très général n'est mentionné nulle part : les mœurs et les lois ont heureusement tempéré la logique juridique, qui l'eût peut-être exigé.

Le droit de correction, dont on vient de voir que le droit de vie et de mort et le droit de vente ne sont en plusieurs cas que des applications, est donc encore un élément du *mundium* marital. Très large d'abord, l'effort des lois tend à le limiter de plus en plus. Citons la loi lombarde qui permet au mari de vendre la femme qui a été surprise autorisant de la part d'un autre des privautés déshonnêtes, mais qui lui interdit soit de la tuer, soit de la mutiler (4).

1. Tacite, *Annales*, IV, 72.

2. L. Alam, LI, 1 v. p. 114.

3. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 502.

4. Ll. Liutp. 121 : « Si quis inventus fuerit cum oxore alienam torpiter conversari... (et) ipsa mulier in hac inlicita causa consensiens fuerit, habeat potestatem eius maritus in eam vindic-

Mais dans l'exercice même des droits très étendus du mari, contre lesquels elle n'est pas protégée par la loi, la femme conserve des garanties. Bien que le *mundium* soit passé au mari, tous les liens n'ont pas été rompus entre elle et sa famille d'origine. Et l'usage veut, dans certaines circonstances, que ce soit devant cette famille, qui jugera ainsi de la justice de la décision, que le mari exerce son droit de punir : ainsi Tacite signale la présence des proches au châtiment de la femme adultère (1). Dans d'autres cas, si le mari ne se conduit pas vis-à-vis de sa femme comme il doit le faire, les parents de celle-ci peuvent exiger de lui une composition. Le droit lombard en fournit plusieurs exemples, entre autres, le cas où le mari engage sa femme à commettre un adultère avec un autre homme (2) et celui où il la néglige pour une autre (3). Un passage de Grégoire de Tours (4) atteste

ta dare, sibi in disciplina, sibi in venditionem ubi voluerit : verumtamen non occidatur, nec ei sematio corporis fiat. »

1. Tacite, *Germanie*, c. 19, v. page 118, note 2.

2. Ll. Liutp. 130.

3. Ll. Grimoaldi, 6. — Cf. Kraut, *Vormundschaft*, I, p. 41.

4. Gr. de Tours, *Historia Francorum*, L. 10, § 22 : Il s'éleva une grande discorde parmi les Francs de Tournai, parce que le fils de l'un d'entre eux reprenait souvent avec colère le fils d'un autre, qui avait reçu sa sœur en mariage, de ce qu'il laissait sa femme pour des prostituées. Ces reproches ne réussissant pas à faire revenir l'autre de sa mauvaise conduite, ils en vinrent à ce point que le jeune homme se jeta sur son beau-frère et le tua avec l'aide des siens. Lui-même fut tué par les gens avec lesquels était venu son adversaire, et des deux troupes, il ne resta qu'un seul homme, parce qu'il n'y avait pas de main pour le frapper. Les parents des

que chez les Francs aussi la femme mariée trouve dans sa propre famille une protection contre son mari, sans du reste indiquer si cette protection peut, dans ce droit comme dans d'autres, revêtir une forme juridique. Ces différentes manifestations de la sollicitude de la famille de la femme pour cette dernière supposent toutes au surplus un temps, où la vente qu'on en fait pour la marier n'est plus conçue comme celle d'un objet quelconque du patrimoine.

II

Au temps où la femme était à peu près sans droits, il était logique que le mari acquit en même temps que la puissance sur elle la propriété des biens que ses parents pouvaient lui donner en la vendant, biens qui ne devaient être que de peu d'importance, comme des colliers ou des vêtements, par exemple. Au temps des *Leges*, son *mundium* s'étend encore sur les biens (1) et l'expression la plus nette de l'idée se trouve dans la loi des Burgon-

deux côtés s'élevèrent alors les uns contre les autres. Plusieurs fois, la reine Frédégonde les pressa de renoncer à leur inimitié et de faire la paix, de peur que, de l'obstination de leurs querelles n'advinssent de plus grands désordres. Mais ne pouvant les apaiser par des paroles de douceur, elle les réprima avec la hache. — Cf. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 53.

1. L. Rip. XXXVII. — L. Visig. IV, 2, c. 15. — Capit. de 783 (Boretius, I, p. 201). — Rive, *Vormundschaft*, t. I, p. 266.

des (1) et les formules lombardes (2). Mais il n'y a plus absorption du patrimoine, alors plus considérable de la femme par celui du mari, et il n'y a pas davantage confusion des deux patrimoines de façon à ce qu'ils ne forment plus qu'une masse unique comme cela se produira plus tard dans la communauté (3). Le mari ne devient plus propriétaire des biens de sa femme : ce n'est qu'au point de vue de l'administration que les deux patrimoines sont réunis dans sa main. On le pourrait conclure déjà des expressions employées par les lois dans les passages cités où elles en formulent le principe.

Cela résulte aussi de deux lois barbares, dont on peut conclure, non du reste sans quelque complication, que le mari n'a pas le droit de disposer des biens de sa femme (4).

La première est de droit lombard. C'est la loi 22 de Liutprand, qui subordonne à la présence de deux ou trois proches parents de la femme ou à celle du juge, la validité d'une vente à laquelle le mari et la femme participent

1. L. Burg. C. : « Quæcumque mulier... ad maritum ambulaverit, iubemus ut maritus ipse facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de omnes res suas habeat. »

2. Form. ad edict. Roth. 195 : « Domne comes, dona ei wadium quod tu des ei ad legitimum conjugium Mariam mundoaldam de Palatio, et mittas sub mundio cum omnibus rebus mobilibus et immobilibus seu familiis. » — Mêmes expressions dans la formule 182. — Kraut, *Vormundschaft*, II, p. 368.

3. Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, p. 299, 2^e édit., 1894.

4. Kraut, *Vormundschaft*, II, pp. 447 et ss.

tous deux (1). Cette disposition dont le but avoué est la protection de la femme, est vraisemblablement de droit nouveau et une innovation de Liutprand. Mais on peut, d'après la forme même du texte, attribuer au droit plus ancien l'exigence du consentement de la femme pour la validité de l'aliénation de ses biens, et cela même pour les meubles, si l'on s'en réfère aux formules lombardes qui appliquent les nouvelles exigences à ceux-ci comme aux immeubles.

La même solution peut se déduire vraisemblablement aussi, quoique de façon plus détournée d'une disposition de la loi des Alamans (2). Elle reconnaît à la veuve qui se remarie le droit d'apporter dans ce second mariage, notamment tout ce qu'elle avait dans le premier apporté de la maison paternelle, sauf naturellement, ce qu'elle a consommé ou vendu. Mais, puisque, dans sa

1. Ll. Liutp. 22 : « Si mulier res suas consentiente viro suo ant communiter venumdare voluerit, ipse qui emere vult, vel illi qui vindunt, faciant notitiam ad duos vel tres parentes ipsius mulieris, qui propinquiores sunt : et si in præsentia de ipsis parentibus suis mulier illa violentias aliquas se pati dixerit, non sit stabilem quod vindederit. Nam si in præsentia suorum parentum vel judici qui in loco fuerit, violentia se pati non reclamaverit, nisi sua voluntate ipsas res se dixerit venumdare, tunc ab illo die omni tempore, quod vindederit, stabile deveat permanere. »

2. L. Alam. LV : « Si quis liber mortuus fuerit, et reliquit uxorem sine filiis et filiis, et de illa hereditate exire voluerit, nubere sibi alium coæqualem sibi, sequatur eam dotis legitima et quicquid parentes ejus ei legitime placitaverint ; et quicquid de sede paterniciaa secum adtulit, omnia in potestate habeat auferendi, quod non manducavit aut non vindidit. »

dernière partie, la loi ne fait aucune allusion à la diminution possible du patrimoine de la femme par des aliénations provenant du mari, on peut en conclure que celles-ci ne peuvent légalement se produire.

III

L'idée générale que la femme est toujours soumise à un *mundium* et ne peut contracter sans l'autorisation de celui qui l'exerce sur elle, idée dont nous avons trouvé dans une loi lombarde (1) l'expression la plus nette, oblige la femme mariée à obtenir, pour pouvoir contracter, l'agrément de son mari. Ce n'est point, originairement au moins, dans un but de protection pour elle. Cela tient aux droits du mari chef de famille, qu'on considère comme seul en droit d'engager la famille : la loi Ripuaire, qui marque sans doute sur ce point, un état de droit beaucoup plus ancien, met au point de vue de la capacité la femme mariée au même degré que les mineurs et et les esclaves (2).

IV

Le mari représente-t-il sa femme en justice, comme les autres titulaires de *mundium* représentent leurs pupilles ?

1. Edict. Roth. 204.

2. L. Rip, XXIV.

S'il s'agit de délits dirigés contre elle, il n'est pas douteux qu'à l'origine, quand, au point de vue juridique, la femme était traitée à peu près comme une chose, le mari considérait que ces délits le frappaient lui-même, attaquant une partie de son patrimoine ; et s'il agissait lui-même en justice, c'était plutôt pour y défendre ses propres droits que par représentation de la femme. Par une conséquence naturelle, il conservait pour lui les compositions qu'il percevait. Au temps des lois barbares, il est probable qu'il faut distinguer deux situations différentes (1). Au cas où le délit le lèse directement, c'est bien toujours la violation de son droit que le mari poursuit et c'est à lui que revient la composition (2). Au cas, au contraire, où le délit atteint personnellement la femme, s'il s'agit, par exemple, d'injures ou de coups, il n'est pas douteux que ce ne soit lui toujours qui se présente en justice : mais c'est ici une véritable représentation, et il est vraisemblable que la composition doit tomber dans le patrimoine séparé de la femme (3). On a même vu à propos du tuteur que, en droit lombard, lorsque le père de la femme est tué, c'est elle-même qui poursuit assistée de celui-ci (4) : la même solution doit sans doute être

1. Rive, *Vormundschaft*, I, p. 272.

2. Ll. Liutp. 121 : « Si quis ad modum inventus fuerit cum oxorem alienam torpiter conversari, componat wirigild suum ad maritum ipsius mulieris. »

3. Form. ad edict. Roth. 198. — Form. ad leg. Liutp. 123.

4. Form. ad leg. Liutp. 13.

donnée pour le mari, possesseur du *mundium*, son rôle se réduit ici à assister la femme.

Il en est de la femme mariée, qui commet un délit, comme des autres. Tant que les délits se résolvent en paiement d'amendes, le mari la représente en justice (1). Elle y comparait forcément elle-même, dès que les punitions corporelles se substituent aux autres.

En matière civile aussi, le mari représente sa femme en justice. Les termes mêmes dans lesquels la loi des Visigoths accuse sa divergence sur ce point, et subordonne la validité de la représentation par le mari de sa femme à un mandat émané de celle-ci (2); indique que la solution contraire à la sienne l'emportait dans l'ancien droit germanique. Les formules lombardes précisent la nature de cette représentation (3) : le mari paraît seul en justice et agit à la fois au nom de sa femme et en son nom propre. Il s'agit ici des biens de la femme; et le

1. L. Alam. pact. II, 33 : « Si femina barone extra rixa subdulo clamaverit solvat solidos 12 aut cum 12 medicus electus juret maritus ipsius. »

2. L. Visig. II, 3, c. 6 : « Maritus sane non sine mandato causam dicat uxoris, aut certe ante judicem, seu alios quos judex elegerit, se tali obliget vinculo cautionis, quod uxor negotium ejus non resolvat. — Quod si maritus causam quam sine mandato conjugis suæ persequabatur, amiserit, uxor nullam præjudicium pertimescat. »

3. Form. ad edict. Roth. 499 : « Petre, te appellat M. agens causam suam et Mariæ, suæ mulieris, quod, etc. »... — Il s'agit d'un rapport à succession et d'un prélèvement en faveur de la femme. — Form. ad leg. Liutp. 66. — Mêmes expressions. Il s'agit là de la revendication d'une terre appartenant à la femme.

fait que le mari agit aussi en son nom propre s'explique sans doute par l'espèce de droit réel que le *mundium* lui confère sur ces biens. Il n'est pas téméraire de penser que dans un état de droit antérieur, c'est en son nom seul que le mari agissait.

Enfin, en droit lombard, le *mundium* du mari lui confère un droit de succession sur les biens de la femme (1).

V

Le *mundium* du mari cesse par le divorce, et c'est le fait que celui-ci implique une cessation de puissance qui en explique la nature et les règles en droit germanique (2). Dans l'ancien état de ce droit, dont beaucoup de traces sont encore sensibles dans les lois barbares, la rupture du mariage ne peut venir que du mari et non de la femme, ni de ses parents.

Il résulte bien de la conception du mariage comme d'un achat de la femme ou de la puissance sur elle que le mari peut la répudier quand il lui plaît. Si tel est vraisemblablement l'état primitif du droit germanique, les lois barbares marquent sur lui un progrès : la répudiation n'y est plus permise au mari que dans certains cas déterminés. C'est que le contrat, par lequel se con-

1. Edict. Roth. 187, 188, Cf. p. 82.

2. Sur le divorce en droit germanique, cf. Sohm, *Trauung und Verlobung*, pp. 5 et ss. et Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, pp. 618 et ss.

cluait autrefois une vente réelle, y est devenu ou tend à y devenir un engagement par lequel le futur mari s'engage vis-à-vis de celui qui lui donne la femme à l'emmenner et à la traiter en épouse. De ce dernier devoir, certaines fautes de la femme seules peuvent le dispenser.

Leur détermination varie suivant les différentes lois. Mais c'est avant tout l'adultère, cas qui, comme nous l'avons vu, confère même parfois un droit de meurtre au mari (1) ; les droits bavares et allemand assimilent à l'adultère, au point de vue du divorce, tout ce qui touche à l'honneur féminin (2), et le droit lombard, le commerce déshonnête ou les fiançailles avec un tiers (3). Enfin, la conspiration contre la vie du mari, en droit lombard (4) et en droit franc (5), le refus de le suivre, en droit franc (6), la violation de sépulture et la préparation de poisons en droit burgonde (7), autorisent le mari à répudier la femme, tout en conservant le patrimoine (8).

Mais si le mari répudie sa femme en dehors de ces cas, il sera frappé d'une amende et d'autres peines pécuniaires plus ou moins sévères : d'après une disposition

1. L. Burg. XXXIV, 3 ; L. Bajuv, VIII, 15 ; edict. Roth. 212 ; Greg. Tur. V, c. 33 ; L. Visig. III, 6, 2.

2. L. Bajuv, VIII, 14-15. — L. Alam. LIII, 1.

3. Lintp. 190, 121.

4. Edict. Roth. 202.

5. Capit. de Verberie, c. 5. (Boretius, I, 40).

6. Capit. de Verberie, c. 9.

7. L. Burg. XXXIV, 3.

8. Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, I, 174.

du droit burgonde (1), qui est sans doute l'aggravation dûe à l'influence ecclésiastique d'une disposition antérieure qu'elle contredit (2), le mari doit même abandonner tout ce qui se trouve dans la maison. Du reste, cette répudiation sans motifs n'en rompt pas moins le mariage (3), sauf en droit Visigoth (4), et fait cesser le *mundium*.

Tout autre est la situation de la femme à ce point de vue. En principe, ni elle, ni ses parents ne peuvent rompre le mariage; elle, parce que, par la *traditio* elle est passée sous le *mundium* de son mari, à laquelle elle ne peut pas plus se soustraire qu'à la puissance du possesseur naturel du *mundium*. Les autres, parce que, dans cette *traditio*, ils ont eux-mêmes transmis leur pouvoir au mari. Si donc elle quitte son mari, elle est punie de peines très sévères, et la loi des Burgondes dispose encore qu'elle doit être noyée dans la boue (5). Si l'enlèvement, dont, en fait, la femme pouvait avoir été complice, rompait autrefois le mariage, et si les lois qui permettent au mari d'exiger sa restitution nous ont paru de droit nouveau, c'est que les conceptions anciennes considéraient surtout l'acte d'appropriation du ravisseur, et ne

1. L. Burg. XXXIV, 4.

2. L. Burg. XXXIV, 2. — Pour les autres droits, L. Alam. Pact. III, 3; L. Bajuv, VIII, 14; L. Visig. III, t. 6, I.

3. L. Grim. c. 6; L. Burg. XXXIV, 2, 4; L. Alem. Pact. III, 3; L. Bajuv, VIII, 14.

4. L. Visig. III, 6, 2.

5. L. Burg. XXXIV, 1 : « Si qua mulier maritum suum, cui legitime est iuncta, dimiserit, necetur in luto. »

voyant dans la femme que l'objet passif du rapt, ne pensaient pas qu'en ce cas ce fût sa volonté qui rompait le mariage.

C'est seulement sous l'influence du droit romain et sous celle de l'Eglise, pour laquelle le devoir de fidélité s'impose au mari comme à la femme, et qui estime que, s'il y manque, lui aussi commet un adultère, que certaines lois autorisent la femme au divorce. Le droit visigoth (1) lui accorde ce droit au cas où le mari a des mœurs contre nature ou veut la livrer à l'adultère. Ce dernier point se retrouve dans le droit lombard (2), qui y ajoute plus tard l'adultère du mari mais seulement s'il a tenu sa concubine dans la maison commune (3); au cas de bigamie du mari, au contraire, la femme n'a pas le droit de divorcer, ses parents ont seulement une action contre l'autre femme (4). La loi lombarde connaît encore comme cas légitimes de divorce pour la femme ceux où le mari conspire contre sa vie ou porte contre elle une accusation de crime non fondée (5). Mais dans tous ces droits, la situation juridique inférieure de la femme persiste en ce que, si elle quitte son mari en dehors de ces cas, elle s'expose sans doute, non comme lui, au cas de répudiation sans motifs, à des peines pécuniaires,

1. L. Visig. III, tit. 5, 5; tit. 6, 2.

2. Edict. Roth. 197.

3. L. Grim. 6.

4. L. Grim. 8.

5. Edict. Roth. 195-97.

mais à des châtiments corporels, dont la loi burgonde nous a fourni un exemple.

Si les droits du mari sont originairement si larges, et s'ils ne sont peu à peu restreints que par le progrès dans la conception des droits de la femme, il est naturel qu'on rencontre dans les lois barbares le divorce par consentement mutuel, où les deux époux jouent un rôle. Il est en effet reconnu par le droit franc (1) et par le droit alaman (2), dont la disposition, supposant le principe établi, fixe seulement la façon dont aura lieu, en pareil cas, le partage des biens.

Le *mundium* du mari cesse naturellement, faute d'objet, par la mort de la femme. Il cesse de même par la mort du mari ; mais, comme la femme germaine est toujours en puissance, cette mort donne ouverture au *mundium* sur la veuve, auquel il est nécessaire de consacrer une étude spéciale.

1. Formules de Rozière, nos 111, 112, 113.

2. L. Alem. Pactus III, 2 : « Si voluntarie se partire volunt, tollant quod eam per lege obtinget. Lectaria parciant æquale. »

CHAPITRE VII

LE « MUNDIUM » SUR LES VEUVES

L'attribution du *mundium* sur la veuve est logiquement déterminée par la vieille conception germanique du mariage. Le mari a acheté sa femme à prix d'argent; à sa mort, il la laisse à ses héritiers avec le reste de la succession, et en suivant le même ordre. La vocation successive des parents mâles du mari est nettement déterminée par la loi des Saxons (1). On peut s'étonner qu'elle ne mentionne pas le père du mari (2), et l'ordre de vocation des agnats de ce dernier variait peut-être très légèrement suivant les lois; mais le principe de leur vocation est certainement de droit germanique général (3).

Au temps des lois barbares, du reste, ce qui est vraisemblablement un progrès, les parents de la femme peuvent racheter son *mundium* à ceux du mari défunt. Le

1. L. Sax. 42 : « Qui mortuus viduam reliquerit, tutelam eius filius quem ex alia uxore habuit, accipiat; si is forte defuerit, frater idem defuncti, si frater non fuerit, proximus paterni generis eius consanguineus. »

2. Gaupp, *Recht der alten Sachsen*, p. 154. — Rive, *Vormundschaft*, I, p. 276, note 3.

3. Cf. encore Edict. Roth. 182.

4. Edict. Roth. 199.

progrès doit consister en ce que ces derniers ne peuvent en refuser la cession ; on estime que la femme sera mieux traitée et protégée dans sa famille d'origine. On obéit toujours à la logique de la conception, en faisant passer le *mundium* du mari à ses héritiers ; mais comme on est arrivé à n'y voir plus pour eux qu'un droit pécuniaire à propos d'un objet de droit que, malgré ses modes de cession, on considère de moins en moins comme une chose, on les oblige à le céder moyennant dédommagement. On retrouvera la même conception progressiste à propos du remariage de la veuve.

La situation générale de la veuve en droit germanique, au point de vue de l'administration des biens, de la capacité, de la représentation en justice, ne paraît pas être supérieure à celle des autres femmes ; du moins n'y en a-t-il trace dans aucun texte des lois barbares, et l'indépendance plus grande que lui accordent les droits scandinaves est sans doute une formation postérieure et particulière de ces droits. Le *mundium* de son tuteur doit donc avoir, à ces divers points de vue, l'étendue ordinaire. Il en est autrement pour l'important côté de l'exercice du *mundium* qui regarde le mariage ; la veuve jouit ici de privilèges spéciaux, qui lui donnent une situation à part en droit germanique.

Que, d'abord, la veuve peut se remarier, c'est ce qu'établissent de nombreuses dispositions des lois barbares (1). Si les renseignements de Tacite à ce sujet sont

1. L. Sal. XLIV ; L. Alem Hloth. LV, 1 ; L. Baj. XV, 8 ; L. Sax. 43, 45 ; Ed. Roth. 178, 182 ; L. Visig. III, 2, 1, etc...

exacts (1), s'il est vrai que chez les anciens Germains, le droit ou au moins les mœurs proscrivaient les seconds mariages, d'autres conceptions ont depuis prévalu, et il ne semble pas qu'on fasse de différence entre le remariage de la veuve et le mariage de la fille, tous deux sont également autorisés. Mais ils ne se concluent pas de la même façon.

La veuve étant passée par la mort du mari sous le *mundium* du plus proche héritier de celui-ci, et le *mundium* sur la femme comportant normalement le droit de la marier, c'est de cet héritier que doit dépendre le remariage de la veuve. Mais lorsque les conceptions sur le mariage changent et qu'on s'y préoccupe de l'intérêt de la femme, c'est surtout pour la veuve que la sollicitude doit s'éveiller. Car si le droit de la famille de la jeune fille peut être considéré comme ne devant pas ordinairement s'exercer à son détriment, en raison de leurs liens de sang et d'affection, la famille de son mari n'offre pas à la veuve les mêmes garanties. Aussi, en même temps qu'on donne à la famille d'origine le droit déjà mentionné de racheter le *mundium*, une autre réforme s'introduit, qui consiste pour certains peuples, à autoriser la veuve, au cas où le possesseur du *mundium* lui refuse son consentement à un mariage, à se retourner vers sa famille d'origine dont l'adhésion suppléera au manque de consentement du premier. Telle est la disposition de la loi saxonne (2). Elle dissocie le côté moral et le côté

1. *Germanie*, c. 18.

2. *L. Sax*, 43.

pécuniaire de la dation en mariage. Suivant la logique de la vieille conception du *mundium*, elle considère que le possesseur de celui-ci a, en principe, le droit de refuser son consentement ; mais comme ses motifs ne peuvent guère être que pécuniaires, elle admet qu'en le dédommageant, on écarte son intervention. Du côté moral du mariage c'est la famille d'origine qui se préoccupe, et la veuve se marie avec son assistance. La loi lombarde va plus loin dans sa défiance vis-à-vis du tuteur de la veuve. Le second mari doit normalement lui payer la moitié du prix qu'a payé le premier ; mais si le tuteur refuse son consentement, il n'a plus droit à rien et perd le *mundium* qui revient aux parents de la femme : ce sont ceux-ci qui alors la marient (1).

Les sources franques font à la veuve une situation analogue ; elle peut se remarier elle-même, à condition que le plus proche héritier du premier mari reçoive comme dédommagement une somme qui, du reste, en raison de son peu d'importance, n'est plus à ce moment qu'un symbole. De cette somme, une partie l'*achasius*, est payée par la femme elle-même, l'autre partie, le *reipus*, par le prétendant. Toutes deux sont l'objet de dispositions compliquées et demandent une étude détaillée.

L'*achasius* est calculé sur le montant de la dot que la femme avait apportée dans son premier mariage (2). Il

1. Edict. Roth. 182.

2. Chlodovechi capit. a. 500, c. 7, § 1 (Pertz, II, p. 3) : « Si quis mulier vidua post mortem mariti sui ad altero marito se dare voluerit, prius qui eam accipere voluerit reibus secundum legem

est payé au plus proche héritier du mari. Il représente vraisemblablement le rachat, alors beaucoup plus symbolique que réel, du *mundium* sur les biens de la femme. Que la mère du mari défunt soit mentionnée immédiatement après son père comme appelée éventuellement à recueillir l'*achasius*, quoique n'exerçant jamais le *mundium* (1), c'est sans doute une décision nouvelle, dont l'illogisme s'explique par la place de plus en plus grande donnée aux femmes dans la famille. La même difficulté se présente à ceux (2) qui pensent que ce paiement est un dédommagement pour la reprise à la famille du mari des biens de la femme ; on ne voit pas quelle autre rai-

donet : et postea mulier si de anteriore marito filios habet, parentes infantum suorum conciliare debet : et si in dotis 25 solidos accepit, 3 solidos achasium parentibus qui proximiores sunt marito defuncto donet ; hoc est, si pater aut mater desunt, frater defuncti aut certe nepus, fratris senioris filius, ipsi achasius debetur. Et si isti non fuerint, tunc in mallo judici, hoc est comite aut grafione, roget, de eam in verbum regis mittat ; et achasium quem parentibus mortui mariti dare debuerant, parti fisci adquirat. Si vero 62 1/2 solidos in dotis accipiat, solidos 6 in achasium dentur, hoc est 5 per decinus solid. singuli in achasium debentur. Sic tamen, ut dotem quem anterior maritus dedit, filiis suis post obitum matris sine ullum consorcium sibi vendicant et defendant. De qua dotem mater nec vendere nec donare presumat. Certe si mulier de anteriore marito filios non habuerit, et cum dote sua ad alias nuptias ambulare voluerit, sicut superius diximus achasium donet... Et hoc, liceat cum duas partes dotis sui alio se dare marito. Si vero istud fecerit, duas partes dotis perdat, et insuper fisco solid 62 1/2 culpabilis judicetur. »

1. C'est sur cela que se fonde Rive, *Vormundschaft*, I, 280, pour refuser de voir dans l'*achasius* le prix du *mundium*.

2. Rive, *loc. cit.*

son ils en pourraient donner dans leur théorie, peu satisfaisante par ailleurs, car on conçoit beaucoup plus facilement une vente devenant symbolique qu'un dédommagement devenant tel.

L'autre prestation appelée *reipus* (1), qui, elle, incombe au futur mari, a été expliquée de bien des façons (2). Elle consiste dans la remise solennelle en justice par le prétendant, de trois sous et un denier au *Reparius*, qui est sans doute le plus proche parent mâle du mari défunt (3). Mais celui-ci ne conserve pas toujours cette somme : elle est destinée en suivant un ordre fixé par la loi, aux plus proches cognats de la femme, ou, à leur défaut, aux plus proches agnats du mari défunt, pourvu qu'ils n'aient pas recueilli son héritage, ou enfin, au-delà du septième de-

1. L. Sal. XLIV : « De reipus 1 : Sicut adsolit homo moriens et viduam dimiserit, qui eam voluerit accipere, antequam sibi copulet ante thunginum aut centenario hoc est ut thunginus aut centenarius mallo indicant et in ipso mallo secutum habere debet. Et tres homines tres causas demandare debent. Et tunc ille, qui viduam accipere debet, tres solidos æque pensantes et denario habere debet. Et tres erunt qui solidos ipsos pensare vel probare debent, et hoc factum si eis convenit accipiat 2. Si vero istud non fecerit et sic eam acciperit, malb reipus nihil sinus, hoc est MMD dinarios qui faciunt solidos LXII, qui reipi debentur exsolvere debet 3. Si vero quod superius diximus omnia secundum legem impleverit, tres solidos et dinario ille cui reipi debentur, accipiat. »

2. Cf. la plupart de ces explications dans Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, t. 1, § 9.

3. Cf. Form Longob. 20. Walter, *Corpus juris germanici*, III, 556. Rive, *op. cit.*, p. 281.

gré au fisc (1). Si le prétendant omet, en épousant la veuve, de faire cette prestation, il doit soixante-trois sous et demi à ceux auxquels elle devait être faite.

La majorité de ceux qui se sont occupés de ce titre ont vu dans le *reipus* le prix, devenu du reste symbolique, à payer pour le transport du *mundium* de la veuve à son nouveau mari. M. Sohm (2) a présenté une explication nouvelle dont il faut dire un mot. Pour lui, cette disposition de la loi Salique est en rapport évident avec l'ancienne prohibition du remariage des veuves, mentionnée par Tacite. Le remariage y est soumis à une peine que les parents de la veuve comme tels, avec préférence de la ligne féminine, perçoivent comme amende pour l'atteinte portée à l'honneur des femmes et de la famille. Ce titre, donc, en même temps qu'il constate la disparition du vieux droit en est une réminiscence. Le second mariage est à présent permis ; mais il est, en même temps, pu-

1. L. Sal. LXIV: 4 Si nepus, sororis filius, fuerit senussimus, ipse eos accipiat. 5 Si replus non fuerit, neptis filius senior reipus accipiat. 6 Si vero neptas filius non fuerit, consobrine filius, qui ex maternæ genere venit, ille eos accipiat, 7 Si vero nec consobrine filius fuerit, tunc avunculus, frater matris, reipus ille accipiat, 8 Si vero nec avunculus fuerit, tunc frater illius, qui eam mulierem ante habuit, si in hereditatem non est venturus, ipse eos reipus accipiat. 9 Si nec ipse frater fuerit, qui proximior fuerit, extra superiores nominatos, singillatim dicti secundum parentilla usque ad sextum geniculum, si hereditatem illius mariti defuncti non accipiat, ille reipus illius accipiat. 10 Jam post sexto geniculum si non fuerint, in fisco reipus ipse vel causa quæ inde orta fuerit, colligatur. »

2. *Das Recht der Eheschliessung*, p. 63.

nissable. L'amende y est remise en justice au cours d'un procès criminel fictif; elle-même du reste est aussi presque fictive. C'est seulement lorsque les formes prescrites n'ont pas été observées, qu'il est dû une véritable amende et qu'il y a une procédure judiciaire sérieuse. Enfin, le paiement du *reipus* se fait au moment de la *traditio* de la veuve.

Il faut, croyons-nous, s'en tenir à l'ancienne explication (1). Tout d'abord, un rapprochement s'impose (2) entre ces trois sous et ce denier payés à l'occasion du remariage de la veuve, et le sou et le denier qu'il était d'usage de payer à l'occasion du mariage de la jeune fille (3). L'identité des circonstances ne permet pas de les expliquer différemment. Cela seul excluerait la conception du *reipus* comme d'une peine, si, du reste, ce n'était une conception des plus étranges que celle de la peine précédant le délit. Et quant au fait que la cérémonie se passe en justice, il est probable que c'est une précaution et une garantie dans un cas où les droits des deux familles sont assez enchevêtrés pour pouvoir amener facilement des conflits. Il y a du reste, une légère différence entre le paiement du prix fictif du *mundium* au cas de mariage d'une jeune fille, et le paiement au cas de remariage d'une veuve. Cela tient à ce qu'elles n'ont pas la même indépendance. Au premier cas, c'est le père ou

1. Sur ce qui suit, cf. Habicht, *Altddeutsche Verlobung*.

2. Davoud-Oghlou, *Lois des Germains*, I, p. 556.

3. Rozière, *Formules* n^{os} 228, 229, 230. Greg. Tur. 18.

tuteur de la femme qui conclut la *desponsatio* : le contrat est conclu par la remise du sou et du denier, représentant l'ancien prix de vente. La veuve se fiance elle-même; mais le père ou tuteur a toujours droit aux trois sous et au denier, reste aussi de l'ancien prix. Ils lui sont remis avant la conclusion du mariage. Sinon, il peut réclamer le prix complet de soixante-trois sous. Mais il reste dans ce système qui nous paraît être le vrai, une difficulté, dont jusqu'à présent on n'a donné aucune solution satisfaisante : elle vient de l'attribution du *reipus* d'abord aux hommes, parents de la veuve par les femmes, et seulement ensuite aux parents du mari défunt. De ce que l'explication en soit encore à trouver (1), cela ne nous paraît pas du reste suffisant pour exclure la conception du *reipus* comme d'un reste de la vente du *mundium*, quoique l'attribution ne concorde pas, cette idée nous ayant paru fondée sur un rapprochement qui s'impose.

On voit, par l'exemple de ces différentes lois, la liberté plus grande, au point de vue du mariage, que donnait à la veuve sa situation entre deux familles. Cela avait d'abord permis de lui accorder, en cas de refus de son tuteur, le droit de recourir à sa famille d'origine. De là à lui permettre de se marier elle-même sans *desponsatio* par un tiers, il n'y avait qu'un pas. Peut-être,

1. Sur une autre explication, mais qui arrive à écarter l'idée de vente du *mundium*, cf. Von Amira, *Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung in den altniederdeutschen Rechten*, p. 30 et ss. et les objections dans Habicht, *Altdeutsche Verlobung*, p. 21.

comme nous l'avons vu, le droit salique l'avait-il franchi, en permettant à la femme de racheter symboliquement à son tuteur, qui ne pouvait refuser le contrat, le *mundium* qu'il avait sur elle. En tous cas, ce dernier progrès est réalisé en droit alaman, bavarois, anglo-saxon et visigothique, où la veuve se marie elle-même à son gré (1).

1. Habicht, *Altdeutsche Verlobung*, p. 26.

CHAPITRE VIII

CONCLUSION

Quelque fragmentaires que soient les renseignements fournis par les sources sur le *mundium* dans la famille en droit germanique, quelque hypothétiques que soient, en conséquence, certaines des conclusions que nous avons essayé d'en dégager, du moins peut-on arriver à des conceptions précises sur le caractère général et le développement du *mundium*.

I

De cette étude ressort d'abord l'unité de la conception originaire du *mundium*. Car les relations de famille entrent dans la sphère juridique de la façon suivante. Elles lui sont étrangères, tant que les familles ne sont pas réunies sous une autorité commune : un chef de nomades n'est soumis à aucune règle de droit. Mais dès que l'état naît par la réunion des familles, la puissance du chef de chacune d'elles devient un droit vis-à-vis des autres chefs, qui doivent la reconnaître, et, ce qu'il revendique comme un droit pour lui-même, il doit le laisser aux autres comme leur terrain de puissance. Le droit continue, au contraire à ignorer les relations intérieures du chef avec les subordonnés : le bon plaisir illimité y persiste sans restriction. Au point de vue donc, des rapports avec l'extérieur, qui

sont le premier terrain sur lequel se présente le *mundium*, il est forcément un.

C'est ce que nous avons vu d'abord pour les délits commis par ou contre un membre de la famille. Le droit ne connaît à l'origine que le chef de celle-ci. Il est au premier cas responsable, au second, lésé. C'est donc lui qui sera poursuivi ou qui poursuivra en justice. C'est lui qui paiera l'amende encourue, qui percevra et gardera pour lui s'il le veut, l'amende versée par l'adversaire. Son pouvoir se manifeste de la même façon dans les autres rapports, pacifiques ceux-là, avec l'extérieur : il absorbe le droit de ceux qui sont soumis à son *mundium*, de telle sorte que les contrats conclus par eux n'obligent, ni eux, ni lui-même. Lui seul peut engager la famille.

Ce caractère originaire d'unité du *mundium* se trouve même à l'intérieur de la famille, dans les rapports du chef avec les autres membres. Car tant que l'état ne s'est pas immiscé dans ces relations, le pouvoir du chef a la même étendue sur tous ceux qui lui sont soumis, tous étant sans droits devant lui. Même le droit de famille et le droit du patrimoine ne semblent pas être d'abord distincts : *mundium, id est dominium*, disent de vieilles gloses de l'édit lombard (1). Le premier progrès consiste sans

1. Cette confusion existe aussi en droit romain. *Potestas*, c'est aussi le droit de propriété. Institutes, II, 4, n° 4. *Familia*, c'est la famille et les biens. L. 195, § 1, D. 4, 16. — Cf. Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit*, 1889, p. 1.

doute à la distinguer (1). Mais les puissances sur les personnes restent confondues (2) : au temps des lois barbares, comme on l'a vu, le vieux mot germanique *Munt*, *mundium* dans les sources latines, désigne également les puissances paternelle, maritale et tutélaire. Leur unité originaire s'aperçoit aussi dans la façon dont elles se transmettent. Puisque c'est par héritage que le tuteur, et par achat que le mari acquièrent leurs *mundiums* respectifs, c'est qu'il y a là, à l'origine, une conception unique, de même que la conception de la propriété qui se transmet sur les choses par succession et par vente est une conception unique. Le *mundium* germanique est donc bien une institution juridique (3). Ce n'est pas seulement, comme on l'a prétendu, le nom général de la protection et de la représentation, qui comme tel, pourrait s'appliquer à la puissance paternelle, tutélaire, maritale, elles-mêmes à l'origine institutions juridiques particulières, d'origine différente et développées sur des bases et en vue de buts particuliers. C'est, au contraire, du *mundium*, formé de façon unique, que ces puissances, qui n'en sont d'abord qu'un simple mode, tirent leur origine : leur différenciation est postérieure.

Du reste, c'est précisément à cette différenciation que l'on assiste aux temps historiques. Si certaines traces

1. Heusler, *Institutionen*, I, p. 95.

2. Gérardin, *loc. cit.*

3. Contra, Rive, *Vormundschaft*, p. XXII. — Ehrenberg, *Com-mendatio und Huldigung*, p. 67, note 75.

dans la langue ou les lois permettent de placer à l'origine un *mundium* unique, cette unité n'est plus parfaite dans les sources où on le rencontre. Et l'histoire du *mundium*, c'est, somme toute, l'histoire de sa décomposition. Car si, comme on l'a vu, la naissance du *mundium* comme droit vient de la réglementation des rapports entre les chefs de famille touchant leurs subordonnés respectifs, l'œuvre juridique ne s'arrête pas là. A mesure que l'état devient plus fort, ce sont les subordonnés mêmes dans leurs rapports avec leurs maîtres qu'il place progressivement sous la protection de règles précises. Mais lorsque la règle de droit saisit ces relations, elle ne les réglemente pas de la même manière. C'est la tutelle qui prend, la première, une physionomie absolument distincte, parce que c'est là où l'affection fera souvent défaut, là où par conséquent l'intervention et la protection royales, guidées par l'intérêt national et la conception chrétienne, s'exerceront de préférence, où il y aura organisation par l'état d'une protection et d'une représentation qui seront un *munus publicum*, et auxquelles on donnera un nom spécial (1). Les puissances du père ou tuteur et du mari commencent aussi à se distinguer, dès qu'on conçoit la seconde comme naissant du mariage même, et non plus comme transmise au mari par le possesseur antérieur du *mundium*. Ces progrès ont été, du reste lents,

1. Cf. Von Salis, *Beitrag zur Geschichte der väterlicher Gewalt nach altfranzösischem Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1886, p. 140.

beaucoup plus lents que ceux du droit romain; parti du même état de confusion des puissances : les Germains n'ont pas eu, dans la formation de leur droit, les qualités de netteté et de précision de l'esprit romain qui ont permis à celui-ci de créer de bonne heure des institutions juridiques.

II

Le second caractère général du *mundium* que nous semble dégager cette étude, c'est qu'il est, à l'origine et dans son essence même, non une conception de protection pour celui qui y est soumis (1), mais une pure conception de puissance. Ce n'est point une création artificielle dans l'intérêt de la femme et de l'enfant : c'est un pouvoir d'abord de fait exercé dans l'intérêt du groupe familial par le chef de ce groupe. Le nom lui-même de ce pouvoir, *munt*, *mundium*, désigne la main, emblème de la force qui commande. Puis le caractère, originairement unique de ce titre de possession, d'abord à peine distingué de la propriété, met de même au premier plan l'idée de puissance. Et enfin, elle ressort manifestement des modes de transmission du *mundium*, par succession et par vente, de la faculté pour celui à qui il revient, de ne

1. En ce sens, Heusler, *Institutionen* I p. 108. — Contra, Waitz, *Ueber die Bedeutung des Mundiums im deutschen Recht*, dans les *Sitzungsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, 1886, t. I, qui se réfère surtout, mais non uniquement, au *mundium* de droit public.

pas l'exercer et d'en disposer. Que du reste, ce pouvoir assure, en fait, protection dans certains cas, à ceux qui lui sont soumis, c'est ce qui est incontestable : mais c'est parce que, qui touche au groupe en lèse le chef, ce n'est pas le but du *mundium*, c'en est un résultat.

Mais ici aussi, les progrès de l'état amènent une transformation de la conception. Ce sont les côtés de puissance pure que les pouvoirs publics s'appliquent à limiter, enlevant le *mundium* à ceux qui en abusent, fixant des devoirs à ceux qui l'exercent. De ces progrès nous avons vu des exemples sur les différents terrains. Le mouvement se poursuivra sous la double influence du droit romain et de l'Eglise dans les différents pays habités par les peuples germaniques jusqu'à faire des puissances dans la famille des institutions totalement différentes du *mundium* primitif. Nous n'avons pas à en poursuivre l'étude. Dès que les grandes nations sont formées, il y a un droit français, un droit allemand, un droit anglais, où les éléments germaniques jouent un grand rôle : il n'y a plus de droit germanique proprement dit.

Vu par le président,

A. ESMEIN.

Vu par le doyen,

GARSONNET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Généralités sur le <i>mundium</i>	2
Les sources	4

CHAPITRE PREMIER

LE « MUNDIUM » DU PÈRE

Le « mundium » du père sur les mineurs.

I. Il est exercé par le père seul. Sur quels enfants? . . .	8
II. Droits du père sur la personne des enfants.	10
III. Droits du père sur le patrimoine des enfants	16
IV. Délits commis par et contre l'enfant <i>in mundio</i> . Sa re- présentation en justice par le père. Son incapacité civile	22
V. Causes qui mettent fin au <i>mundium</i> du père	31

CHAPITRE II

LE « MUNDIUM » DU PÈRE (*suite*).

Le « mundium » du père sur les femmes.

I. Soumission de la femme à un <i>mundium</i> perpétuel. Les causes	42
II. Droit du père sur la personne de la femme. Consente- ment au mariage.	46

III. Délits commis contre et par la femme <i>in mundio</i> . Sa représentation en justice par le père. Son incapacité civile.	49
IV. Causes qui mettent fin au <i>mundium</i> du père sur la femme.	56

CHAPITRE III

LE « MUNDIUM » DU TUTEUR

Le « *mundium* » du tuteur sur les mineurs.

I. Dévolution du <i>mundium</i>	57
II. Droits du tuteur sur la personne des pupilles	63
III. Droits du tuteur sur le patrimoine des pupilles.	65
IV. Délits commis par et contre l'enfant soumis au <i>mundium</i> d'un tuteur. Représentation en justice. Son incapacité civile.	67
V. Causes qui mettent fin au <i>mundium</i> du tuteur sur les mineurs.	69

CHAPITRE IV

LE « MUNDIUM » DU TUTEUR (*suite*).

Le « *mundium* » du tuteur sur les femmes.

I. Dévolution du <i>mundium</i>	71
II. Droits du tuteur sur la personne de la femme, Consentement au mariage.	72
III. Délits commis contre et par la femme soumise au <i>mundium</i> d'un tuteur. Représentation en justice. Son incapacité civile.	75
IV. Causes qui mettent fin au <i>mundium</i> du tuteur sur la femme	80

CHAPITRE V

LE « MUNDIUM » DU MARI

Comment il s'acquiert. Développements du droit germanique en cette matière.	81
---	----

CHAPITRE VI

LE « MUNDIUM » DU MARI (*suite*).

I. Droits du mari sur la personne de la femme	117
II. Droits du mari sur les biens de la femme	122
III. Incapacité civile de la femme	125
IV. Sa représentation en justice par le mari	125
V. Causes qui mettent fin au <i>mundium</i> du mari.	128

CHAPITRE VII

LE « MUNDIUM » SUR LES VEUVES

Généralités. Situation spéciale faite à la venue pour son remariage.	133
--	-----

CHAPITRE VIII

CONCLUSION

I. Unité originaire de la conception de <i>mundium</i> . Sa différenciation	143
II. Le <i>mundium</i> originaire, pure conception de puissance. Sa transformation	147

